الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب الكفالة والصلح

دار العلوم
بيروت - لبنان

الشيرازي
الفقه
٥٢
الكفالة والصلح
دار العلوم

شبكة الفكر
alfeker.net

الفقه

الجزء الثاني والخمسون

الطبعة الثانية

١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م

منقحة ومصححة مع تخريج المصادر

دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

العنوان: حارة حريك - بئر العبد - مقابل البنك اللبناني الفرنسي

ص.ب ٦٠٨٠ شوران تلفون: ٨٢١٢٧٤ بيروت - لبنان

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب
الكفالة - الصلح

دار العلوم
للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الكفالة

وهو (كما في غير واحد من كتب الفقه بالفتح) عقد دل عليه الادلة الاربعة:

أما من الكتاب: فقد استدل له بقوله تعالى: ﴿ قال لن أرسله معكم حتى تؤتوني موثقاً من الله لتأتنني به ﴾[1] فطلب يعقوب من بنيه كفيلا ببدن يوسف.

وقال تعالى: ﴿ فخذ أحدنا مكانه ﴾[2] وذلك كفالة بالبدن كما في مفتاح الكرامة، وان كان في ذلك تأمل، ولعله لذا قال بعد الاستدلال بالايتين فتأمل.

واستدل بعضهم عليها أيضاً بقوله سبحانه: ﴿ قالوا: وأقبلوا عليهم ماذا تفقدون ؟ قالوا : نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾[3] فالزعيم الكفيل وهو الحميل أيضاً والقبيل والبصير والقمبل، فهذه كلها أسماء الكفيل كما في المستدرك .

وأما من السنة : فروايات كثيرة تأتي جملة منها .

وأما من الاجماع: فقد ادعاه غير واحد من الفقهاء وفي محكى التذكرة: انها كذلك عند عامة أهل العلم ، والعقل أيضاً يدل على ذلك لانه شيء تعارف

---

(١) يوسف : آية / ٦٦ .

(٢) يوسف : آية / ٧٨ .

(٣) يوسف : آية / ٧١ - ٧٢ .

عليه العقلاء منذ قديم الزمان .

نعم انها مكروهة في نفسها ، وان كان ربما يعرض عليها مايكون أهم مما يسبب زوال الكراهة بقاعدةالاهم والمهم كما في المكروهات، بل في الواجبات والمحرمات أيضاً .

قال حفص بن البختري: أبطأت عن الحج فقال لي أبوعبدالله عليه السلام: ماأبطأ بك عن الحج ؟ فقلت: جعلت فداك تكفّلت برجل فخفر بي ، فقال : مالك وللكفالات أما علمت انّها أهلكت القرون الاولى ، ثمّ قال : ان قوماً أذنبوا ذنوباً كثيرة فاشفقوا منها فخافوا خوفاً شديداً فجاء آخرون فقالوا : ذنوبكم علينا ، فانزل الله عزوجل عليهم العذاب ، ثم قال الله تبارك وتعالى: ﴿خافون واجترأتم عليّ ﴾.[1]

وعن الصدوق قال : قال الصادق عليه الصلاة والسلام : الكفالة خسارة غرامة ندامة .[2]

وعن اسماعيل بن جابر ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاتتعرضوا للحقوق، فاذا لزمتكم فأصبروا لها .[3]

وعن أبي العباس الفضل بن عبدالملك: ان الصادق عليه السلام قال له: مامنعك من الحج ؟ قال :كفالة كفلت بها ، قال : ومالك وللكفالات ، أما علمت ان الكفالة هي التي أهلكت القرون الاولى .[4]

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٣ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٤ .

وعن أبي الحسن الحذاء قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول لابي العباس البقباق : ما منعك من الحج ؟ وذكر مثله.[(١)]

وعن داود الرقي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : مكتوب في التوراة : الكفالة ندامة غرامة.[(٢)]

وعن اسماعيل بن خالد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: يا بني اياكم والتعرض للحقوق ، واصبروا على النوائب.[(٣)]

وعن الحسن بن الجرجاني عمن حدثه ، عن أحدهما عليهما السلام قال : لاتوجب على نفسك الحقوق واصبر على النوائب.[(٤)]

وعن اسماعيل بن جابر قال: قال لي أبو عبدالله عليه السلام، قال لي رجل صالح: لاتتعرض للحقوق وأصبر على النائبة.[(٥)]

وعن الصدوق في المقنع (الذي هو متون الروايات) : اعلم ان الكفالة خسارة وغرامة وندامة ، وأعلم انها اهلكت القرون الاولى.[(٦)]

ثم كونها خسارة ، لان الكفيل يخسر في كثير من الاحيان ، وكونها غرامة لان الكفيل يصبح غريماً عوض المكفول عنه . وكونها ندامة ظاهر لان الانسان احياناً يكفل ثم يندم ، والغالب ان الكفيل يندم، وهلاك القرون الاولى بمعنى ان جماعة كفلوا ثم لم يتمكنوا من الاداء أو ابتلوا بالاداء مما كان فيه هلاكهم

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٦ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٧ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٨ .
(٦) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٢ .

وليس المراد بالهلاك الموت ، وانما الضرر والتأذي وما أشبه ذلك .

ثم في الجواهر وغيره : ان المعروف في تعريفها انها عقد شرع للتعهد بالنفس قال : والبحث في انها نفس العقد أو أثره ، وفي خصوص الالفاظ والمعاطات فيها على نحو ما تقدم في البيع وغيره ، وكذا اعتبار المقارنة بين ايجابها وقبولها والعربية ونحوها مما يعتبر في العقود اللازمة .

أقول : وذلك لان الكل من واد واحد ولادليل خاص هنا أو هناك ،فالادلة العامة شاملة للكفالة والبيع وغيرهما من أنحاء العقود اللازمة، وقد ذكرنا فيما سبق كفاية المعاطات ،كما ذكرنا عدم الاحتياج الى العربية .

نعم يعتبر الانشاء اذ بدون الانشاء لايكون عقداً والعقد هو المؤثر للكفالة لاان الكفالة عقد ، ثم المحكى عن الايضاح انه قال : الكفالة في مذهبنا انما تصح بشرط ان يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي والحق أعم من أن يكون ديناً أو عيناً ، وقيل :كل من يستحق احضاره الى مجلس الشرع فانه تصح كفالته ، وفي القواعد عمم الامر فقال : تصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها ، أو كفيل يدعي عليه الكفالة أو صبي أو مجنون، اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف وبدل المحبوس بامكان تسلمه بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس أو عبد آبق أو من عليه حق آدمي من مال أو عقوبة قصاص (الى ان قال) : ولايصح على حد الله تعالى والاقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام وضمان العين المغصوبة، فان رد برء وان تلف ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب العدم ،كموت المكفول، دون الوديعة والامانة ، وتصح كفالة من ادعي عليه ، وان لم يقم البينة بالدين وان جحد لاستحقاق

الحضور والكفالة ببدن الميت، اذ قد يستحق احضاره للشهادة على صورته ـ انتهى .

وسيأتي الكلام في بعض هذه المواضع التي ذكرها، ثم لاشك في صحة كفالة الانسان ، وقد ذكرنا دلالة الادلة الاربعة على ذلك ،كما ان من الكفالة غير المصطلحة القيام بشؤن انسان ففي القرآن الحكيم: ﴿أيهم يكفل مريم﴾[١] وفي آية اخرى : ﴿وكفلها زكريا﴾[٢] وفي قصة موسى عليه السلام: ﴿اذ تمشي اختك فتقول : هل أدلكم على من يكفله ؟﴾[٣]، وفي آية اخرى : ﴿هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه﴾[٤].

ومن هذا القبيل جعل الله سبحانه وتعالى كفيلا حيث قال سبحانه: ﴿وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولاتنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا﴾[٥] فمعنى ان الله سبحانه وتعالى كفيلي اني ان لم أؤد الله سبحانه وتعالى يتكفل الاداء عني أو يتكفل الزامي بالاداء ، وكذلك كفالة الطفل فان معناه ان الوالد للطفل أو ما أشبه يجعل المرأة أو الرجل أو أهل البيت كفيلا للطفل بمعنى انهم اذا لم يحضروا الطفل أو ما اشبه كانوا ضامنين وكانوا مأخوذين في قبال ذلك .

أما كفالة الحيوان ، وانه يصح أولا يصح ؟ وكذلك كفالة سائر الاعيان كالنهر والكتاب وغير ذلك بأن لايجف ماء النهر ولايضيع الكتاب، ففي مفتاح

---

(١) آل عمران : آية / ٤٤ .
(٢) آل عمران : آية / ٣٧ .
(٣) طه : آية / ٤٠ .
(٤) القصص : آية / ١٢ .
(٥) النحل : آية / ٩١ .

الكرامة: قال في جامع المقاصد: انه سيأتي انه يصح التكفيل بالاعيان المضمونة فلا يتناولها هذا التعريف أي التعريف المذكور في القواعد وهو قوله : (وهي عقد شرع للتعهد بالنفس) .

ثم قال مفتاح الكرامة : قلت: انما يأتي له صحة ضمانها لا كفالتها ، لكن قال في التحرير : هي التعهد بالنفس غالباً ، ولعله اشارة الى ما سنذكره عند قول المصنف : (بصحة كفالة ببدن الصبي والمجنون) من انه تصح الكفالة ببدن الدابة اذا جنت على آدمي أو اتلفت مالا بتفريط صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها ، بل قلنا : بصحة كفالة الكتاب ونحوه باقامة الشهادة على صورته ، وقد يكون أشار الى ماسنذكره في كفالة العبد الابق ـ انتهى .

أقول: ورد كفالة الحيوان في القرآن الحكيم حيث قال سبحانه: ﴿ان هذا اخي له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحدة، فقال: اكفلنيها وعزني في الخطاب﴾[1].

أما كفالة غير الحيوان من الكتاب بحق ونحوه فلم أجد له شاهداً في كتاب أو سنة أو عند العرف وحتى اذا اطلق الكفالة على الأعيان فالظاهر ان المراد بها الضمان ونحوه لا الكفالة المصطلحة، بل وكذلك في الحيوان .

ولذا قال في الجواهر : ان كفالة الدابة والكتاب وغيرهما لا يخلو من نظر أو منع ضرورة الشك في تناول الادلة لمثله ، والاصل عدم ترتب الاثار ، بل الظاهر اختصاص النفس بالادمي لا الدابة ونحوها .

وفي محكي التذكرة: الضابط في ذلك ان نقول: حاصل كفالة البدن التزام باحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء يستحق

---

(١) ص : آية / ٢٣ .

احضاره بالكفالة ببدنه، ونحوه المحكي عن المسبوط، وظاهرهما اختصاص موردها بما ذكرناه من الانسان ، فلا يشمل الحيوان والكتاب ونحوهما .

ولوشك في صحة الكفالة في الامور المذكورة كان الاصل عدم الصحة لعدم العرفية فلم يعلم ان الشارع قررها ، اذ اطلاقات الأدلة الشرعية محمولة على المواضيع العرفية الا اذا تصرف الشارع بالزيادة والنقيصة كما ذكرناه في (الاصول) وغيره .

ثم قال الجواهر : لاتصح في الحدود للاجماع المحكى عن التذكرة على ذلك ، ولقوله صلى الله عليه وآله في المروي من طرق الخاصة والعامة : لاكفالة في حد .[١]

وفي الوسائل روي عن الكافي ، عن السكوني ، عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لاكفالة في حد .[٢]

وعن الصدوق بأسناده قال : قضي أميرالمؤمنين عليه الصلاة والسلام، انه لاكفالة في حد .[٣]

وعن دعائم الاسلام، عن أميرالمؤمنين عليه الصلاة والسلام انه قال : لا كفالة في حد ولا شهادة على شهادة في حد ، ولايجوز كتاب قاض الى قاض في حد .[٤]

والمراد بلاكفالة في حد أما ان يقول الكفيل : أنا كفيله ان لايعمل هذا العمل مرة اخرى ، مثلا يؤتى بسارق الى الحاكم ليقطع يده فيقول أحد

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٤٩٨ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦١ الباب ١٦ من أبواب كتاب الضمان ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦١ الباب ١٦ من أبواب كتاب الضمان ح ٢ .
(٤) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ٩ من أبواب السبق والرماية ح ١ .

الحاضرين : أنا كفيله ان تركته أن لايعمل هذا العمل بعد ذلك أو ان المراد به أن يقول : أطلقوا سراحه وانا آتي به في أي وقت شئتم مثلا، أو ان يقول الكفيل ، أنا أكفل هذا ان لايفسد ، مثلا جاء بانسان مشكوك ويريد الحاكم حبسه أو ما أشبه فيقول الكفيل : أنا كفيله في أن لايعمل عملا ينافي الموازين.

مثل ماروي من ان ابن عمر لم يبايع علياً عليه الصلاة والسلام فقال له ﷺ الصحابة: اطلب منه كفيلا، فقال عليه الصلاة والسلام : أنا كفيله.[١]

والكفالة تأتي بالمعاني الثلاثة عند العرف، ولعل مراد الفقهاء تبعاً لظاهر الرواية (انه لاكفالة في حد) انه اذا وجب عليه اقامة الحد لايترك لكفيل حتى يأتي به، مثل مايترك المديون لكفيل حتى يحضره ، فهو المعنى الثاني من المعاني التي ذكرناها .

أما مافعله الحسين عليه الصلاة والسلام بشمر حيث كان محبوساً عند علي عليه الصلاة والسلام فتوسط له حتى أطلق سراحه ووساطة ام سلمة لنفرين من الكفار كانا آذيا الرسول ﷺ أن يقبل الرسول مقابلتهما بعد أن طلبا من الرسول صلى الله عليه وآله وسلم المقابلة فأبى فوسطت لهما ام سلمة فقبل وساطتها ، فالظاهر ان الامرين كان من قبيل الوساطة لامن قبيل الكفالة ، وان كان ربما يطلق على مثل ذلك الكفالة أحياناً .

ثم عدم وجود الكفالة في الحد انما هو اذا لم تكن مصلحة ثانوية موجبة للكفالة كما هو كذلك في باب الشفاعة والعفو عن المجرم ، فان عدم الكفالة

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦١ الباب ١٦ من أبواب الضمان ح ١ .

في الحدكعدم الشفاعة وعدم العفو حكم أولى ، والاحكام الثانوية بموازينها حاكمة على الاحكام الاولية كما قرر في موضعه فمثلا : اذا رأينا ان السجن يمتلا بالمجرمين مما ليس بصلاح يصح أن نأخذ منهم الكفلاء لاحضارهم لوقت اجراء الحدود أو ما أشبهمما عليهم حتى لايساء الىسمعة الاسلام أو لا يسبب ضيقا على بيت المال أو نحو ذلك من المحاذير .

أما كون المراد(بلاكفالة فيالحد) خصوص الحد أو يشمل مثلالقصاص أيضاً ، لانه نوع من الحد ، ولذا قالوا (في بابه) ان (الحدود تدرءبالشبهات)(١) شامل للقصاص أيضاً ، ففيه احتمالان ، لكن الاظهر ولو بمعونة الانصراف وفهم العرف ان المراد بالحدود في مقابل القصاص ، لا المراد الاعم من القصاص ، ولا منافات بين أن يكون الحد ربما يطلق على الاعم وربما على الاخص بمناسبة القرائن المقامية أو المقالية فتأمل .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١١٩ الباب ٢١ من أبواب حدود الله ح ٤ .

(مسألة ـ ١ ـ) قال في الشرائع : ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له دون المكفول عنه .

أقول : أما اشتراط رضا الكفيل والمكفول له فهو كما في مفتاح الكرامة: بلاخلاف كما في المفاتيح والرياض ولانعلم خلافاً في اشتراط رضاالكفيل ، وكذا يعتبر رضا المكفول له كمافي التذكرة، وقد حكى الاجماع عنها عليهما جماعة ، ولعله لانهم فهموا منها نفي الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر ـ ـ انتهى .

ووجه اشتراط رضاكليهما واضح ، أما وجه رضا الكفيل ، فلوضوح انه اثبات حق عليه واثبات الحق عليه دون رضاه تصرف فيه ، فينفيه الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم، وكما لايصح أن يعقد انسان على مال انسان آخر دون رضاه حيث انه لولم يرض لم يصح ، كـذلك لايصح أن يجعل انسان انساناً كفيلا دون رضاه .

نعم لايبعد مجيء الفضولي في ذلك بأن يجعل زيد عمرواً كفيلا عن بكر بدون سابق وكالة منه في ذلك ، وانما بعد ذلك يقال للكفيل : هل تقبل هـذه الكفالة الفضولية ؟ فيقول : نعم ، وذلك لاطلاق دليل الفضولي الشامل لمثل ذلك ، فقد ذكرنا في الباب الفضولي ان مقتضى القاعدة دخوله في كل شيء الا ما علم خروجه بدليل كالعبادة الواجبة وكالطلاق والعتق على المشهور من عدم دخوله في الايقاعات ، وأما اشتراط رضا المكفول له فلان رفع حق شخص على شخص يتوقف على رضاه ، فان حق الانسان على شخص مثلا قتل أباه، فاذا أراد أن يرفع هذا الحق وجب أن يكون برضاية الولي ، وكذلك في حق الانسان على الانسان يطلب منه الحضور في المحكمة و ما أشبهه ، فانه حق

على ذلك الانسان الواجب الحضور فرفع هذا الحق من الاجنبي يحتاج الى رضا ذي الحق والا كان خلاف تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم وحقوقهم وقد ذكرنا في بعض المباحث السابقة ان قاعدة : (الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم)[١] شاملة للحقوق أيضاً .

وأمّا عدم اشتراط رضا المكفول فقد قال في مفتاح الكرامة : انه عند علمائنا كما في التذكرة وهو المشهور بين علمائنا وغيرهم كما في المسالك ، والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح، ونسبه الى علمائنا في المختلف بعد ان نسب الخلاف الى الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة وابن ادريس والحاصل : انه لاخلاف الا من هؤلاء ، نعم قواه في التحرير - انتهى .

وبذلك يظهر ان الشيخ والقاضي وابني حمزة وادريس والتحرير يرون اشتراط رضا المكفول أيضاً، وعلى هذا ففي المسألة خلاف، والظاهر ماذهب اليه الشيخ ومن تبعه من اشتراط الرضا اذ انه نوع تصرف في حق المكفول فكونه بدون رضاه مثمراً غيرظاهر الوجه، فان بعض الناس يأبون من ان يكفلهم انسان والعرف يرى ان ذلك تصرف في حقه، فعدم اشتراط رضاه مناف لكون الانسان مسلطاً على ماله ونفسه، وقد لخص الجواهر المسألة بمايؤيد قول الشيخ والتابعين له بقوله : ينحصر وجه المسألة في ان رضا المكفول شرط ينفي مع الشك فيه بالاطلاق أو انه من أركان العقد على وجه لايتحقق الكفالة بدونه، ولاأقل من الشك، والاصل عدم ترتب الاثر، ولعل الثاني لايخلو من

---

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ (الطبعة الحديثة) .

قوة ولاينافيه عدم اعتبار رضا المحال عليه لوقلنا به، ولااعتبار رضاالمضمون عنه لامكان الفرق بتعارف الحوالة على مشغول الذمـة بدون رضاه على وجه لاشك في صدق اسم الحوالة عليها عرفاً ، لمعلومية جواز التبرع بالوفاء عن المديون وليس المقام من الثاني قطعاً، كما لاتعارف في كفالة الغائب على وجه تندرج في الكفالة بحيث تدخل في اطلاقها ـ انتهى .

وعلى أي حال، فالكفالة العرفية بحاجة الى رضا المكفول ، ولادليل من الشرع على التوسيع، بل اطلاقات أدلة الشارع منزلة على الموضوعات العرفية، كماذكرناه غيرمرة الا اذاكان هنالك دليل على الخلاف للتوسعة أوالتضييق ، والمفروض انه لادليل هكذا في المقام .

وبذلك ظهر وجه النظر فيما احتج المشهور به من الاصل، والعموم وان غاية الكفالة هي احضار المكفول حيث يطلب، ومن المعلوم انه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه أووكيله والكفيل بمنزلة الوكيل ، ولايشترط اذن الموكل عليه في التوكيل ، وانما قالوا: انه بمنزلة الوكيل لانه لايجب عليه الاحضار، ولايجب على المكفول الحضور مالم يطلبه المكفول له، اذ يرد عليه انه لاأصل، ولاعموم كماعرفت، وكون الكفيل بمنزلة الوكيل غيرظاهر، فاذاكان الكفيل بالاذن كان له احضار المكفول بمجرد ارادته، سواء طلبه المكفول له أم لا؟ لانه يريد الخروج عن العهدة.

أمّا اذا لم يكن بالاذن فأي دليل على تسلطه عليه بطلبه فيما اذا لم يطلب المكفول له .

والحاصل: ان المكفول له له حق الاحضار، أما ان يكون الكفيل له هذا الحق فلادليل عليه، ولذا قال في الجواهر في رد هذا الدليل بقوله : قديناقش

بمعلومية زيادة حق في الكفالـة على الوكالة التي هي غير لازمة للكفالـة أي الظاهر انه متى تعلق حق الكفالـة كان له احضاره لارادة البرائـة من عهدته من دون طلب المكفول له كما عن التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وابن المتوج الجزم به، بل عن الكركي انه قطعي .

ثم ان المسالك قال : فعلـى القول باعتبار رضاه ليس هو على حد رضا الاخرين ، لان رضاهما معلوم من اقترانـه بالايجاب والقبول الصادرين على وجههما، أما المكفول فيكفي رضاه بذلك كيف اتفق متقدماً أومتأخراً أومقارناً كمافي رضا المضمون ـ انتهى .

لكن فيه: ان الرضا المجرد لايجعل الانسان ملتزماً، فان الالتزام لايكون الا بالعقد أوالشرط في ضمن العقد أوبنحوذلك، فهوكما اذا قال أحد للاخر اني أرضى ان تبيع داري بدون أن يوكله، فان ذلك ليس وكالة توجب صحة العقد بدون اجازة لاحقة، ونحوذلك سائر المعاملات .

ولذا أشكل عليه الجواهر بقولـه: ان كلام المسالك وغيره مجرد دعوى لادليل عليها ولااستبعاد في دعوى تركيب عقدها من قبول الاثنين مع الايجاب من الكفيل لاأقل من الشك في تناول الاطلاق فلاتندرج في أوفـوا، والاصل عدم ترتب أثر الكفالة .

أقول: والعقد بالاطراف الثلاثة غيرعديم النظير في الفقه كعقد المرامات والمسابقة بين ثلاثة وأكثر، وأحياناً بين جوانب ثلاث الاجنبـي والمتسابقين فيما اذاكان السبق من الاجنبي على ماذكرناه في [كتاب المسابقة] .

أمّا مسألـة ان الايجاب على من والقبول على من ؟ فهي سهل بعد كون الانشاء من الامور الخفيفة المؤنة على ماذكرنـاه في [كتاب النكاح] وغيره :

فيصح أن يكون الايجاب من الاثنين والقبول من الثالث أوالايجاب من واحد والقبول من الاثنين فاي منهم يصح أن يكون طرف ايجاب أوقبول .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: يتم عقدها بالايجاب من الكفيل والقبول من المكفول لـه ، فان الامر ليس خاصاً بذلك، بل يصح الايجاب من المكفول له بأن يقول: أنت كفيلـي، ويكون القبول من الكفيل ، فيقول نعم .

ثم ان القواعد قال: ولوقال: أنا احضره أو اؤدي ماعليـه لم يكن كفالة . وعلله في مفتاح الكرامة بأنه وعد وليس بالتزام ، مضافاً الى الاصل وهو كما ذكره فيما اذا كان وعداً .

أما اذاكانت الصيغة للعقد بمثل هذين اللفظين فهو عقـد ، وعليه فالعبرة بالقصد ويظهر بقرائن الحال أوالمقال، واذا اختلفا في انه عقد أووعد فالقول مع القائل لانه أبصر بنيته .

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في الشرائع: وتصح حالة ومؤجلة على الاظهر ، وكذلك قال في القواعد: والظاهر صحة الاقسام الثلاثة الحالة بأن يكفل حالا والمؤجلة بأن يكفل بعد شهر ، والثالث هو أن يكفل لمدة شهر، يعنى انه متى أراده المكفول له حالا أومؤجلا يحضره بينه وبين شهر، كل ذلك لاطلاق الادلة والعقلائية .

قال في مفتاح الكرامة: أما صحتها معجلا فموضع وفاق كمافي الروضة ، وكأنه لاخلاف فيه كمافي مجمع البرهان ، وأمّا صحتها حالة بمعنى انه لا يشترط الاجل فهو خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والتبصرة والارشاد والمختلف واللمعة وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان ، وكذا الكفاية وهو مذهب أكثر علمائنا كمافي التذكرة، والمشهور كمافي مجمع البرهان والكفاية وهو حق اليقين كمافي السرائر، وهذه حيث لايعمل الاّ بالقطعيات تجري مجرى الاجماع، وظاهر المفيد والشيخ في النهاية وأبي جعفر في الوسيلة وسلاّر في المراسم انها لا تصح حالة، وهو المحكى عن القاضي في أحد قوليه، وبه جزم كاشف الرموز وحكاه عن النقي، وظاهر النافع والتبصرة والمفاتيح التردد حيث اقتصر فيها على ذكر القولين ـ انتهى .

أقول : قد عرفت ان الوجه هو ماذكره المشهور من صحتها مطلقاً ، أمّا حجة الشيخ والجماعة ، فعن الرياض انها غير واضحة ولا مذكورة في كتب الجماعة عدا القياس على الضمان، لكن الظاهر ان حجتهم ماحكي عن كشف الرموز، مما ظاهره ان الكفالة لابد لها من فائدة فلو شرعت حالة لكانت خالية

من فائدة ، اذ للمكفول له أن يطالب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تربص ، وذلك يكون عبثاً ، وفيه : انه لايكون عبثاً ، اذ من الممكن ان المكفول له لايتمكن من تسليمه الى الحاكم، بينما الكفيل يتمكن من ذلك.

أما جواب مفتاح الكرامة عنه في جوابه الثاني بقوله: أقصاه أن لاتكون لازمة فتكون صحيحة غير لازمة ، فاذا رضى بالتأخير لزمت كما يأتي مثله في كفالة المدعى عليه حقاً اذا رضى بالتأخر، وفي كفالة بدن المحبوس ، اذ لا فائدة فيه فليلحظ ذلك مع تأمل وروية، فغير ظاهر، اذ لادليل للانفكاك بين صحة العقد وبين لزومه حتى يكون هنالك كفالة صحيحة لازمة وكفالة صحيحه غير لازمة، وان العبث لو سلم لم يكن صحيحاً اطلاقاً، لان الادلة انما تنصب على الموارد العقلائية التي تنافي العبثية، فاذا كان عبثاً لم يكن عقد حتى يكون غير لازم .

وبناءاً على المشهور من ان الكفالة تصح حالة ومؤجلة لافرق بين كون الحق حالا أومؤجلا، لكنه في الثاني يشترط رضا المكفول كما صرح به مفتاح الكرامة، وذلك لاطلاق الادلة .

ثم قال الشرائع: ومع الاطلاق تكون معجلة، واذا اشترط الأجل فلابد من أن يكون معلوماً ـ انتهى .

وكلا الحكمين لا خلاف فيهما، بل الاجماع بقسميه عليه في المقام، وفي غيره من العقود اللازمة كما في الجواهر، وذلك لان الاطلاق ظاهر في التعجيل وانما التأجيل يحتاج الى الدليل، فاذا لم يكن دليل لفظي أومقامي حمل الاطلاق عليه .

أما اشتراط معلومية الاجل فهو لقاعدة الغرر ، فانه يشمل المقام، اذ لولم

يكن معلوماً لزم الغرر ، فما عن بعض العامة من جواز الجهالة في الأجل هنا قياساً على العارية غير ظاهر لبطلان القياس أولا وللفارق بالجواز هناك واللزوم هنا ثانياً ،كما صرح به غير واحد .

ولو اختلفا في انه هل شرط الاجل أوكان مطلقاً؟ كان القول قول المطلق، اذ اشتراط الاجل خلاف الاصل ، فمدعيه يحتاج الى الدليل ، أما اذا اختلفا في انه هل قال في الشهر أوبعد الشهر ؟ فهو من التنازع ، اذ لا جامع بينهما فيحتاج الأمر الى التحالف اذا لم تكن بينةلاحد الجانبين، واذا تحالفا حكم ببطلان العقد كسائر الموارد في غير الماليات ونحوها ، حيث ان في الماليات يتمسك بقاعدة العدل .

أما في مثل العقود ونحو ذلك فبعد التحالف يحكم بالبطلان .

(مسألة -٣-) قال في الشرائع: للمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلا ان كانت مطلقة أو معجلة وبعد الاجل ان كانت مؤجلة، فان سلمه تسليماً تاماً فقد برء ، وان امتنع كان له حبسه حتى يحضره أو يؤدى ماعليه .

وفي الجواهر : لاخلاف في ذلك ، والمراد بالتسليم التام أن يكون في الوقت والمكان والخصوصيات المعينات في العقد، سواء كان بلداً أو صحراءاً أو بحراً أو جواً أو غير ذلك ، وسواء كان حراً أو برداً ، وسواء كان الشرط أن يسلمه مقيد اليد والرجل أو غير ذلك من الخصوصيّات و الشرائط التي اعتبروها في العقد مما كانت مشروعة في نفسها ،كما ان خروجه عن العهدة بتسليمه تاماً هو مقتضى القاعدة لانه بذلك يفي بمقتضى العقد ، فلاكفالة بعد ذلك كما عرفت في عبارة الشرائع، وهو المنقول عن التذكرة والارشاد واللمعة وغيرها ، لانه لا وجه للبقاء في العهدة بعد التسليم .

قال في مفتاح الكرامة : فاذا سلمه كذلك برء لانه أتى بما وجب عليه ، وظاهرهم انّه يجب عليه قبوله كما هو صريح المبسوط والتذكرة والقواعد حيث قال: أراده أو كرهه، واستشكل فيه في التحرير واختلفوا فيما اذا لم يتسلمه ففي المبسوط والسرائر اذا لم يقبل اشهد عليه رجلين انه سلمه اليه وامتنع ، وفي التذكرة والمسالك والروضة انه ان امتنع سلمه الى الحاكم وبرء ، فان لم يمكن اشهد عدلين باحضاره له وامتناعه من قبضه، لكن في التذكرة والمسالك ان الاقوى الاكتفاء بالاشهاد وان قدر على الحاكم لانه مع وجود صاحب الحق لايلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره، واستوجهه في جامع المقاصد وفي التحرير انه ان امتنع من تسليمه بريء الكفيل على اشكال ، ولايفتقر الى اشهاد ولا اذن الحاكم - انتهى .

والظاهران مقتضى القاعدة تسليمه له ، فان امتنع بغير محذور فقد برء لانه كالمال الذي هو في ذمته يأتي به الى صاحب المال فلا يتسلمه، فانه يضعه عنده ويبرء ، والاشهاد انما يكون للاثبات ، فلا ربط له بعالم الثبوت .

أما بالنسبة الى ما اذا كان للمكفول له المحذور في تسلمه ، فالظاهر انه يسلمه للحاكم كالمال أيضاً ، لانه ولي القاصر ، واذا كان له محذور فهو قاصر عن التسلم ، ولما ذكرناه قال في الجواهر : انه لو سلمه تسليماً تاماً برء مما عليه من حق الكفالة ، وان لم يتسلمه منه سواء تمكن من الحاكم أولا، على الاصح ، بل الظاهر عدم اعتبار الاشهاد في ذلك الا لارادة الاثبات او انكر، وان كان قد يتوهم ذلك من المسالك وغيرها ، لكن لادليل عليه ـ انتهى .

نعم اطلاقه البرائة اذا لم يتسلمه مما يشمل المحذور في المكفول له غير ظاهر ، بل اللازم التفصيل بين المحذور وغير المحذور ،كما ان اطلاق جماعة من الفقهاء في باب الدين والسلم والنسيئة انه ان امتنع قبضه الحاكم ،كما عن المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وغيرها غير ظاهر،بل اللازم التقييد بما اذا كان محذور له عن التسلم ، اذ لو لا المحذور لم يكن قاصراً حتى يسلمه الى الحاكم ، فان الحاكم ولي القاصر وانما يترك المذكورات من الدين والسلم والنسيئة وغيرها عنده ويذهب لشأنه كما ذكر بعضهم ذلك في باب من عليه دين لانسان فجاء به اليه فلم يتسلمه ، وكذلك في العارية والوديعة وغيرهما .

ولذا كان المحكي عن جماعة هناك كالمفيد والديلمي وابن حمزة والمحقق في النافع عدم التعرض للحاكم أصلا ، بل قالوا : يكون من ضمان صاحب

الدين اذا عينه له ومكنه منه ولم يقبضه، ووافقهم عليه جماعة آخرون كما في مفتاح الكرامة .

ثم قال مفتاح الكرامة: فيجهة الاشهاد انه لايجب ان كان المراد شرطيته وان كان المراد اسقاط مطالبته مرة ثانية حتى لايؤخذ بـه في ظاهر الشرع أو ظلماً في نفس الامر ، فلا مانع منه لانه ارشاد ، وقد نبه على ذلك الشهيد في باب الدين ـ انتهى .

أمـا اذا احضر الكفيل المكفول فـي غير الوقت أو المكان أو الشرائـط المقررة فلا يجب على المكفول له القبول ، لان مقتضى عقد الكفالة الوفاء به عند الاستحقاق ، فليس لاي من الطرفين المطالبة أو الاخذ منالاخر في غير الوقت والمكان والشرائط المقررة .

ثم انه لو أحضره فلم يتسلمه فهرب المكفرل واختلفا في انه هـل أحضره فيالوقت المقرر أو فيغير الوقتالمقرر فادعى الكفيلالاولوادعى المكفول له الثاني فعلىالكفيل الاثبات، لانكون الاحضار فيالوقت المقرر وبالشرائط المقررة خلاف الاصل يحتاج الىالدليل، فاذا لم يكن له اثباتحلف الطرف الاخر وكان الحق له ، والظاهر انه اذا كان بيد الكفيلكتاب من المكفول لـه بأنه أحضره على الشرائط المقررة مما أمن التزوير في الكتاب كان حجةعلى المكفول له ، لانه مما يورثالعلم والاطمينان العرفي وهو كاف فيأمثالذلك ولو قال المكفول لـه : احضره ، لكن فـي غير الوقت أو المكان أو الشرائط المقررة ، فالظاهر انه يقبل القيد منه لان للمتكلم ان يلحق بكلامه ما شاءكما حقق في بحث الاقرار . فلا يقال له : قد اقررت بأنه احضره فلا حق لك عليه وانما القيود التي قيدت بها الاحضار انكار بعد الاقرار ، وقد ذكرنا أمثالهذا البحث في [كتاب الاقرار] .

(مسألة ـ ٤ ـ) قال في الشرائع : وان امتنع أي الكفيل عن الاحضار كان له حبسه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه ونحوه عبارة القواعد .

وفي مفتاح الكرامة نقله عن النهاية والسرائر والنافع والتحرير والارشاد واللمعة والروضة قال : وظاهر هذه الكتب انه اذا ادعى ماعليه وجب على المكفول له القبول ويبرء الكفيل بذلك ، وفي التذكرة وجامع المقاصد انه اذا لم يرض بدفع المال وطلب احضاره ألزمه الحاكم باحضاره ، وفي المسالك والمفاتيح والرياض انه قوي ، وفي الروضة والرياض انه أقوى،وفي مجمع البرهان انه ليس ببعيد ، والظاهر انه لاخلاف بينهم فيجواز الاكتفاء عن الاحضار باداء ماعليه اذا رضى به المكفول له ، وانما الخلاف فيما اذالم يرض ـ انتهى .

ومقتضى القاعدة هو ماذكره الاولون من وجوب القبول اذا لم يحضره وأدى المال ، وذلك لانه مقتضى الكفالة عرفاً ، فان المقصود من الكفالة بين المتعاقدين الاحضار لاجل المال ، فاذا دفع المال لم يكن عليه شيء ولاحق له في عدم القبول .

والحاصل : ان العرفية تقتضي ذلك ، خصوصاً بعد قول الصادق عليه الصلاة والسلام في الرواية المتقدمة : الكفالة خسارة غرامة ندامة .

كقوله الاخرفي خبر داود الرقي : مكتوب فيالتوراة كفالة غرامة ندامة. فان الظاهر ان الكفالة تنتهي الى الخسارة والغرامة .[١]

ويؤيده مارواه الدعائم ، عن الصادق عليه الصلاة والسلام انه قال : اذا

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ٥ من أبواب السبق والرماية ح ١ .

تحمل الرجل بوجه الرجل الى أجل فجاء الاجل من قبل أن يأتي به حبس الا أن يؤدي عنه ماوجب عليه ان كان الذي يطالب بـه معلوماً وله أن يرجع بـه عليه ، وان كان قـد طلب مالابد فيه من احضار الرجل كان عليه احضاره الا أن يموت ، فان مـات فلاشيء عليه ، وبذلك ظهر ان مافي الجملة من الروايات من الحبس انما يراد به فيما لم يؤد أحد شقي الامر لامطلقاً .(١)

مثل خبر عمار ، عن الصادق عليه الصلاة والسلام : أتى أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام برجل قد تكفل بنفس رجل وقال : أطلب صاحبك .(٢)

وفي خبر الاصبغ بن نباتة . قضى أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس وقال له : أطلب صاحبك .(٣)

وفي خبر اسحاق بن عمار ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام : ان علياً عليه السلام أتى برجل كفل برجل بعينه فأخـذ بالمكفول فقال : احبسوه حتى يأتي بصاحبه .(٤)

وفي خبر عامـر بن مروان ، عن جعفر ، عن أبيـه ، عن علي عليه الصلاة والسلام ، انه أتى برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه فقال : أطلب صاحبك .(٥)

وفي الرضوي عليه الصلاة والسلام روى : انه اذا كفل الرجل حبس الى أن يأتي صاحبه .(٦)

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح ٢ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح ٣ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح ٤ .
(٦) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ٧ من أبواب الضمان ح ١ .

وعن الصدوق في المقنع (الذي هو متون الروايات) : واذا كان لرجل على صاحبه حق فضمنته بالنفس فعليك تسليمه وعلى الامام أن يحبسك حتى تسلمه.[1]

وبذلك يظهر ان حجة التذكرة ومن تبعه بأنه قد يكون له غرض لايتعلق بالاداء أو بالاداء من الغريم بخصوصه ، فان الأغراض قد تتفاوت ، اذ قد يكون ماله لايخلو عن شبهة أو يخاف انه ان ظهر مستحقاً لايقدر على أخذ بدله منه ، ولانه مقتضى الشرط ـ انتهى .

غير ظاهرة ، كما انه لايمكن أن يؤيد ذلك بعدم وجود تخيير للكفيل بين الاحضار واداء المال في الروايات وانما فيها الامر بالاول ، اذ قد عرفت وجوب ذلك في رواية الدعائم وروايات ان الكفالة غرامة بالاضافة الى العرفية والامر بالحبس والالزام بالاحضار ظاهر في وروده مورد الغالب من عدم بذل الكفيل المال ، فلادلالة في الروايات على ازوم الاحضار على الاطلاق .

أما الاشكال على البدل بما لابدل له كحق الدعوى ، أو في ذي البدل الاضطراري كالدية عوض القتل ومهر المثل عوض الزوجة وحيث لايمكن هناك اعطاء الكفيل البدل لايمكن فيما له بدل لوحدة السياق ، فيرد عليه :

أولا : ان عدم الامكان في مكان لايقاس عليه ماكان ممكناً في مكان آخر.

وثانياً : ماذكره الجواهر بقوله : اللهم الا أن يقال في مقام حصول الضرر بالحبس ونحوه ينقله الحاكم اليه أو الى مايقتضي ارتفاع مثل هذا الضرر به كما عساه يومي اليه فحوى ماتسمعه في اطلاق القاتل ، ولذا قال الجواهر أخيراً : وعلى كل حال ، فما ذكره الشرائع والجماعة لايخلو من قوة ، وهو كما ذكره .

---

(١) المقنع : ص ٣٢ .

ثم الظاهر ان الحاكم هو الذي يحبسه لان الحبس والعقوبة وماأشبه من شأن الحاكم فلايحق للمكفول له أن يحبس الكفيل حتى يأتى بالمكفول .

نعم اذا لم يمكن الحاكم والعدول حق له ذلك ،كما ان الظاهر انه يحل له عقوبته بالسب الصحيح مثل ياظالم ويامانع حقوق الناس وماأشبه لقوله عليه الصلاة والسلام : (لي الواجد يحل عقوبته وحبسه) فانه واجد وليه موجب للعقوبة ، أما الخروج عن المشروع الى غير المشروع فليس بجائز ،كما ان للحاكم مثلا تعزيره اذا كان واجباً ولايريد الاحضار ، لان ذلك محرم ، وقد ثبت فى كتاب الحدود ان كل مرتكب محرم عليه التعزير.

ثم ان حبس الحاكم للكفيل انما يكون اذا لم ينافِ الحبس احضار المكفول والا استوثق منه بأن لايهرب ويطلق سراحه ليأتى بالمكفول ، واذا طلب الكفيل من الحاكم استصحاب شرطة أو نحوه ، والقاء القبض على المكفول أعطاه ذلك ، لكن الظاهر ان عليه النفقة لاعلى بيت المال .

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى قول مفتاح الكرامة حيث قال : بل يعلم ان مااختاره الشيخ ومن وافقه على تقدير ثمنه انما يصح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال فلو لم يمكن كالقصاص وزوجية المرأة والدعوى بعقوبة توجب حداً أو تعزيراً ، فلابد من الزامه باحضاره مع الامكان ان لم يكن له بدل ، أما ماله بدل كالدية فى القتل وان كان عمداً ومهر مثل الزوجة،فانه يجب عليه البدل كما نبه عليه المصنف في التذكرة وجماعة ـ انتهى .

اذ يمكن تحويل كل شيء الى البدل، ثم في رجوع الكفيل الى المكفول فيما اداه اقسام خمسة لانه ان كفل باذن وأدى باذن حق له الرجوع عليه ، وان كفل بدون اذن وأدى باذن حق له الرجوع أيضاً وان كفل بدون اذن وأدى بدون

اذن لا حق له، وان كفل باذن وادى بدون اذن، فان امكن الاحضار ولم يحضر لا حق له في الرجوع وان لم يمكن الاحضار حق له في الرجوع ولذا قال في الجواهر تبعاً لمفتاح الكرامة وغيره: ان الكفيل يرجع على المكفول بما أداه ان كان الاداء عنه باذنه وان كانت الكفالة بغير اذنه ، بناءاً على مشروعيتها والفرق بينها وبين الضمان بغير اذنه مع كون الاداء باذنه ان الكفالة لم يتعلق بالمال بالذات فيكون حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي، فاذا أداه باذن من عليه فله الرجوع، بخلاف الضمان المقتضى انتقال المال الى ذمة الضامن فلا ينفعه بعد ذلك الاذن في الاداء لانه كأذن الاجنبي للمديون في أداء دينه الا ان يراد منها الوكالة في الاداء عنه ، وان كان الدين على المؤدى المأذون ولا يرجع عليه مع عدم الاذن في الاداء، وان كان كفل باذنه اذا امكن مراجعته واحضاره للمكفول لضرورة كونه متبرعاً بالوفاء حينئذ لعدم اقتضاء الكفالة الاذن في ذلك على الحال المفروض .

نعم اذا أدى مع فرض تعذر الاحضار، ففي المسالك له الرجوع وان لم يأذن له في الاداء، لان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن فيها اذن في لوازمها ، الى آخر كلامه .

ثم ماذكرناه من تقسيم القسم الرابع الى قسمي امكان الاحضار وعدم امكان الاحضار يلزم ان يقال في ممكن الاحضار انه لا حق له الا اذا كان عسر وحرج في الاحضار مما يرفع التكليف، فاذا امكن الاحضار بعسر أو حرج أو ضرر أو ما أشبه حق له الرجوع، لان الاحضار هكذا المرفوع شرعاً حاله حال عدم الامكان، وقد عرفت انه مع عدم امكان الاحضار يحق له الرجوع .

أما اذا أمكن الاحضار واقعاً وزعم عدمه فلا حق له في الرجوع اذ الزعم لا يغير الواقع ، وليس في قبال ذلك الا القاعدة التي ذكرها بعضهم من ان

المرء متعبد بظنه، وانه لم يقصد التبرع بماله فماله محترم وكلاهما لايصلحان دليلا لجواز الرجوع على المكفول ، اذكون المرء متعبداً بظنه ليس رواية ولا قاعدة مطردة مستفادة من آيـة أورواية أو اجماع أوماأشبه، ولذا لم يأخذ بها المشهور في اي من أبواب الفقه .

وأما انه لم يكن متبرعاً بماله ، فان الانسان اذا أتلف ماله بالزعم لا يحق له الرجوع الى الغير ، فلادليل على انكل غيرمتبرع له الرجوع الى الغير، كما اذا زعم الانسان ان غيره أمره باعطاء مالـه للفقير مثلا، ثم ظهر ان الزعم كان باطلا فانه لايحق له الرجوع الى ذلك الغير الذي زعم انه أمره بذلك، الى غير ذلك من الامثلة .

ومماتقدم يظهر الامر فى عكس ذلك بأن لم يمكن واقعاً الرجوع وزعم امكانـه وأعطى بدون قصد التبرع، بل بقصد الرجوع، فان لـه الرجوع، لان الامر يتبع الواقع لا الزعم .

ومماتقدم من مخالفة الزعم والواقع بصورتيه يظهر حال مااذا كفل بدون اذن زاعما الاذن، ومااذا أدى بدون اذن زاعما الاذن، وكذلك عكس الصورتين بأن كفـل باذن زاعماً عدم اذن أوأدى باذن زاعماً عدم الاذن ، فان الزعـم لا مدخلية له فى اي مكان الا اذا كان هنالك دليل خاص، وانما المدار الواقع .

ومماتقدم يظهر وجـه النظر فى قول الجواهر حيث قال: نعم قد يكون له الرجوع مماذكرنـاه من قاعدة لاضرر ولا ضرار، من حيث لزوم التخليد فى الحبس ونحوه المفروض كون المكفول سبباً لـه بالاذن فى الكفالـة ، بل لعل قاعدة احترام مال المسلم تقتضي بـه ايضاً لعدم صدق التبرع عليه بذلـك أو بغير ذلك مما لايقتضي كونه من لوازم الكفالة ان لم نقل ان من مقتضياتها دفع

المال عن المكفول ولو في حال تعذر الاحضار والا اتجه له الرجوع حينئذ كماذكره المسالك ـ انتهى .

نعم قد يقال : بأنه اذا زعم عدم تمكنه من الاحضار فدفع ، كان مشمولا لكونه لازم الكفالة ، فان معنى الكفالة الاحضار ، واذا لم يمكن الاحضار الدفع بنفسه ، وحيث ان الانسان لايكلف بالواقع المخالف لزعمه فلازم الكفالة انه يدفعه اذا زعم بانه لايقدر على الاحضار ، فمقتضى العقد ان في هذه الصورة له الرجوع الى المكفول وهذا غير بعيد .

وبذلك يستثنى هذه الصورة مما ذكرناه سابقاً من انه في صورة زعم عدم امكان الاحضار مع كون الواقع امكانه لايكون له الرجوع عليه فلزعم عدم امكان الاحضار صورتان: صورة كونه مشمولا للازم الكفالة فيحق له الرجوع، وصورة عدم مشموليته للازم الكفالة فلا يحق له الرجوع، أما اطلاق الجواهر فقد عرفت ما فيه .

ولو اختلفا بأن قال المكفول : كانت الكفالة بدون اذن ، وقال الكفيل : بل كانت باذن احتاج الكفيل الى الاثبات لاصالة عدم الاذن ، ولو قال الكفيل كان الدفع باذن ، وقال المكفول بدون اذن ، احتاج الكفيل الى الاثبات أيضاً للاصل المذكور ، ولو قال الكفيل : لم يمكن الاحضار ، وقال المكفول : بل امكن ، فالظاهر احتياج لكفيل الى الاثبات ، لان أصل امكان كل شيء أصل عقلائي يؤخذ به مالم يثبت خلافه، ولو قال الكفيل: كان يمكن الاحضار، لكن بعسر وحرج وضرر ، فالظاهران عليه الاثبات ، لان العسر والحرج والضرر امور ثانوية واردة على الاصل الاولى فمدعيها يحتاج الى الدليل .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع : ولو قال : ان لم أحضره كان علي كذا لم يلزمه الا احضاره دون المال ، ولو قال : علي كذا الى كذا ان لم أحضره وجب عليه ما شرط عليه من المال .

وفي مفتاح الكرامة (في شرح قول العلامة مثل عبارة الشرائع) : كما في النهاية والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة وحواشي الكتاب واللمعة والمهذب البارع والتنقيح والشرائع والارشاد وجامع المقاصد والى ما في النهاية يرجع كلام القاضي وابن حمزة بتقريب قريب .

وفي المهذب البارع في شرح عبارة النافع : ان المسألة اجماعية ، وفي جامع المقاصد فى شرح عبارة الكتاب : هذا مروي من طرق الاصحاب ، وقد اطبقوا على العمل به ، وفي حواشي الارشاد وجامع المقاصد : ان الفارق بين المسألتين الاجماع والنص ، ونحوه ما في غاية المرام فيما حكي عنها ، وظاهر كشف الرموز والتنقيح وايضاح النافع الاجماع على ذلك ، حيث نسب فيهما الى الاصحاب ، وفي الغنية دعوى الاجماع في المسألة أو أحد شقيها .

أقول: المستند في هذا الحكم خبران حجتان أما بالوثاقة أو بالصحة أحدهما خبر البقباق ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، سألته عن الرجل تكفل بنفس الرجل الى أجل ، فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً ؟ قال: ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً الا ان يبدء بالدراهم ، فان بدء بالدراهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي أجله.[1]

والثاني : خبره الاخر أيضاً ، قلت لابي عبدالله عليه الصلاة والسلام :

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح ٢ .

رجل تكفل لرجل بنفس رجل ، وقال : ان جئت به والا فعلي خمسمائة درهم (كما في التهذيب ، وفي الكافي) ان جئت به والافعليك خمسمائة درهم(ثم في التهذيب والكافي معاً تتمة الرواية هكذا) قال : عليه نفسه ولاشيء عليه من الدراهم ، فان قال: على خمسمائة درهم انلم أدفعه اليه ، قال: يلزمهالدراهم ان لم يدفعه اليه .(١)

وقد اختلفوا في هاتين الروايتين والحكم المستند اليهما اختلافاً كثيراً ، كما يظهر لمن راجع المسالك والجواهر ومفتاح الكرامة وغيرها ، وأشكل على الحكم المذكور أولا : بعدم الاجماع في المسألة ، وثانياً : بضعف السند في الروايتين ، وثالثاً : بضعف الدلالة. ورابعاً: باحتمال التصحيف في النسخة وخامساً : بمخالفة القواعد ، لكن الظاهر ان شيئاً من ذلك لايمكن ان يحول دون العمل بالروايتين ، اذ الشهرة محققة حتى اذا لم يكن اجماع والسند غير ضعيف كما عرفت ، بالاضافة الى الشهرة العاضدة له ، والدلالة لاضعف فيها ، واحتمال غلطية النسخة منفي بالاصل .

أما المخالفة مع القواعد فلابأس بها فكم من رواية مستند حكم تخالف القواعد ولابعد في التعبد في هذا الحكم كالتعبد في كثير من الاحكام ، فقول الجواهر: الا ان الانصاف استبعاد التعبد في أمثال هذه المسائل ، خصوصاً لما في المقام الذي ليس فيه الاتأخير الشرط وتقديمه مع انه ان أخر لفظاً فهو مقدم معنى بعد الاغضاء عن اقتضاء التعليق البطلان ، وعن عدم صلاحية مثل اللفظ المزبور في المتن وغيره لحصول عقد الكفالة أو الضمان به ـ انتهى . محل نظر .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح ١ .

أما ما ذكره غير واحد مـن الفقهاء من التأويل في الروايتين ومحاولـة تطبيقهما للقاعدة فأيضاً لايخلو من اشكال كما يظهر لمن راجع المسالك وغيره، وحيث ان المسألة مخالفة للقاعدة فنأخذ بهذا المقدار الذي للرواية دلالة عليه، لفظاً أو مناطاً قطعياً أما في غير ذلك فاللازم ان نأخذ بالقواعد .

(مسألة ـ ٦ ـ) قال في الشرائع : ومن أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ضمن احضاره أو أداء ما عليه .

وقال في مفتاح الكرامة(عند قول العلامة في القواعد مثل قول الشرائع) كما في الوسيلة والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والرياض ، وفي الأخير : انه لاخلاف فيه .

أقول: ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام. لايتوى حق امرء مسلم[1] وقوله عليه الصلاة والسلام : فان حقوق المسلمين لاتبطل .[2]

بل وقاعدة لاضرر ولاضرار[3] على نحو مااستدلوا به في باب خيار الغبن ونحوه بالاضافة الى فحوى ما يأتي في اطلاق القاتل ، بل وفحوى ما استدل به في التذكرة والمسالك وغيرهما من انه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها أو أداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه ، وكأنهم استدلوا لذلك بدليل على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، حيث ان الظاهر منه ولو بالمناط عدم الفرق بين الاخذ وبين الافلات .[4]

ولايرد عليه مافي الجواهر بقوله: لكن لايخفى عليك ان مدرك الحكم ان كان ذلك ونحوه ينبغي عدم الفرق فيه بين الصبي والمجنون وغيرهما ولعل ذلك هو مقتضى مافي المتن وغيره من التعبير لمن اطلق الشامل لذلك نحو

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٩ الباب ١٨ من أبواب نوادر الشهادات ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .
(٤) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب كتاب الوديعة ح ٢ .

غيره من خطاب الأسباب، اذفيه انه لافرق بين الصبي والمجنون وغيرهما ، وعمد الصبي خطأ ونحوه لايشمل الضمانات كماذكروا في باب ضمان الصبي ماأتلفه أونحوذلك ، فانها من الاحكام الوضعية ، وكذلك حال المجنون، بل وحال النائم أيضاً، ولذا ورد: ان الظئر لوانقلبت على الطفل فقتلته كانت الدية فحال الضمانات حال النجاسات ونحوها ممايعم المكلف وغيرالمكلف .

أمّا ماورد من ان فى زمان الامام اميرالمؤمنين عليه الصلاة والسلام أتى بمجرم الى الامام فأفلته انسان فأحضر الامام ذلك المفلت للمجرم وأرادعقوبته فلماقال المفلت (بأن البقاء مع الامام ذل وان فراقه كفر) عفى عنه الامام، فلا يدل على عدم الضمان فى المقام: وانماكان ذلك لاستحقاقه العقوبة لمخالفته أمر الامام بافلات المجرم من يد عمال الامام عليه الصلاة والسلام. فلاربط له بالمقام.

ثم ان مقتضى القاعدة هو تقديم الاحضار على الاداء لماعرفت سابقاً من ان الحق أولا وبالذات الاحضار، وانما ينتقل الى الاداء اذا لم يمكن نفس الحق الا اذا توافقا على الاداء دون الاحضار، ولذا قال فى مفتاح الكرامة تبعاً لغيره وتبعه غيره : وينبغي أن يكون الحكم كماسلف فى الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان، لانه يفوض التخيير اليه من أول الامر على ماهو المختار من الترتيب بين الاحضار والاداء، وماهنا لعله مبني على المشهور من انه مخير من أول الامر أوعلى صورة التعذر .

ثم لايخفى انه لافرق بين الافلات من يد الاصيل أوالوكيل أومن السجن أونحوذلك ولو بالتخويف ، أوبسبب حيوان لهذا الانسان المفلت كان ارسل كلبه مثلا فجر المجرم وأفلته من يد ذي الحق، وكذلك اذا أكرهه على الافلات

أوجبره على ذلك أوماأشبه، وهكذا اذا فتح الباب وهو لايعلم ان المجرم فى الدار فانفلت ، لانه لا مدخلية للعلم والجهل فى مثل ذلك ، اذ حاله حال الضمانات .

أما اذا امر انساناً آخراً غيرمجبور بافلاته فأفلته، فان الأمر لاشيء عليه، وانما الشيء على المأمور الا اذاكان السبب اقوى من المباشر حسب القاعدة، وكذا اذا سبب المفلت حالة من الذهول والغفلة لصاحب الحق حتى هرب المجرم من يده لذهوله وغفلته الذي سببه هذا الانسان المفلت أوأرخىالحبل مثلا الذي على يد المجرم فانفلت ، الى غيرذلك من الصور التي جامعها الافلات عرفاً ممايعد سبباً .

ومنه يعلم، انكلام الجواهر حيث قال: الا ان الانصاف عدم تنقيح في كلامهم لمثل ذلك أي للصبي والمجنون كعدمه بالنسبة الى غير ذلك من تفويت استيفاء الحق بتخويف ونحوه ، وينبغي الاقتصار على محل اليقين أو ماكان فى حكمه ولوبظاهر الدليل المعتبر فيما خالف أصل البرائة وغيرها ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه ، الا ان يريد الاماكن التي لايسمى العرف فيها المفلت سبباً أوكان المباشر أقوى .

ومماتقدم من لزوم الاحضار أولا ثم الاداء ثانياً ظهر وجه النظر فى كلام الجواهر حيث قال: لادليل على ذلك وأصل البرائة يقتضي خلافهوخبرالقاتل انما هو فى العمد الذي كان الحق فيه القصاص وقاعدة الضرر لاتقتضي أزيد من التخيير المزبور ، اذ فيه ان مقتضى القاعدة كون الحق أولا الاحضار ،

لانه الحق أولا وبالذات ، وانما المال بدل ولايرجـع الى البدل مادام يمكن المبدل منه .

نعم لورضى صاحب الحق من المال كان ذلك له، لانه حقه فله التنازل عنه .

نعم ماذكره الجواهر بقولـه : لايخفى عليك ان الحكم المزبور لماكان ذلك لازم الكفالة اطلق عليه اسمها والا فهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعاً فيه ضرورة عدم العقد فيه ـ انتهى .

هو كماذكره، اذ ليست هذه كفالة اصطلاحية، وان كان يطلق عليها الكفالة عرفاً فيقول: انه كفيل توسعاً في اللفظ .

واذا هرب المجرم فأراد صاحب الحق ان يضربه لايقافه بماله الحق في ضربه وايقافه فقال أحد: لاتضربه فأنا كفيل، فالظاهر كفاية ذلك فى كون اللازم عليه الاتيان بالمكفول والا يؤدى الحق الذي علـى المكفول لدليل لا ضرر ولايتوى وغيرذلك مماتقدم ، وللعرفيـة ايضاً ، فقد ذكرنـا في غيرموضع ان العرفية كافية لتحقق الاحكام اذا لم يردع الشارع عنها فيشملها اطلاق الادلة .

قال في مفتاح الكرامة : وحيث يؤخذ منه المال هنا فلارجوع لـه على الغريم اذا لم يأمره بدفعـه ، اذ لم يحصل من الاطلاق مايقتضي الرجوع، كما صرح بذلك في المسالك والروضة، ولكن في التذكرة مايخالف جميع ذلك قال: ولوتعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أومال وأخذنا المال او الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصاً ـ انتهى فليتأمل جيداً.

وأشكل عليـه الجواهر بقولـه : لكن قد يقال بالرجوع اذا كان الاطلاق بالاذن لقاعدة لاضرر واحترام مال المسلم والاحسان وكون الاذن في الملزوم اذنـاً في اللازم ونحوذلك ـ انتهى .

لكن هذا ليس اشكالا ، وانما هو استثناء لصورة الاذن، وهو كماذكره الجواهر من انه اذا كان بالاذن كان له الرجوع ، أما اذا كان الاطلاق بغير اذن فلارجوع، لكن الظاهر انه اذا تمكن الدائن أخذ ماله من المديون بعد أخذه من المفلت كان له ان يأخذ من المديون، ويرد مال المفلت اليه، لان المال المأخوذ من المفلت انّما هو بدل الحيلولة ولا يسبّب ذلك سقوط المال عن ذمة المديون .

ثم ان الجواهر قال : ولو أطلقه من يد الكفيل الذي كان له الرجوع عليه بادائه عنه فضمن ايضاً احضاره اوأداء ماعليه على الوجه المزبور، بل لو أطلقه منه قبل ادائه عنه فكذلك ايضاً ـ انتهى . وهو كماذكره .

ولوزعم المطلق ان الاخذ اخذ المجرم بغيروجه شرعي فاطلق سراحه من باب عمل الخير ولدفع المنكر كان عليه الضمان ايضاً، اذ الأمر يدور مدار الواقع لامدار الزعم ، ودليل ماعلى المحسنين من سبيل(١) لايوجب سقوط الضمان، فلوزعم انه خمر فأراقه وكان خلاكان ضامناً لصاحبه، كما انه لوزعم انه كافر حربي فقتله وكان في الواقع مؤمناً مصون الدم فانه يكون ضامناً وهكذا في غيرهما من سائر موارد الضمان .

---

(١) التوبة : آية / ٩١ .

(مسألة ـ ٧ ـ) قال في الشرائع: ولو كان الشخص الذي أطلقه المطلق قاتلا لزمه احضاره أو دفع الدية، وفي مفتاح الكرامة كما صرح بذلك في جميع الكتب المذكورة آنفاً وبه طفحت عباراتهم في باب القصاص، وعن الصيمرى الاجماع عليه، وذلك لما رواه الكليني في الصحيح أو الحسن، عن حريز، عن ابي عبدالله عليه‌السلام قال: سألته عن رجل قتل رجلا عمداً فرفع الى الوالي فدفعه الوالي الى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الاولياء فقال عليه‌السلام: أرى ان يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الاولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل: فان مات القاتل وهم في السجن؟ قال: فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً الى أولياء المقتول[1].

وقد ظهر مما تقدم انه ليس هناك التخيير كما هو ظاهر عباراتهم، بل اللازم دفعه الى أولياء المقتول أولا، فان لم يمكن فالدية ولا حق لاولياء المقتول في قتل المطلق (بالكسر) اذ ليس المطلق قاتلا حتى يستحق القتل ولا سبباً للقتل أقوى من المباشر حتى يستحق، ولا دليل على ان المطلق بهذا العنوان يكون مورداً للقتل، فلا فرق بين ان يكون القتل عمدياً أو خطاءاً بحيث يلزم على شخص القاتل الدية، كما اذا كان القتل شبه عمد.

أمّا اذا كان خطاءاً محضاً، فان القاتل لا يؤاخذ بشيء فلو أخذه اولياء المقتول فأفلته مفلت لم يكن على المفلت شيء، لان الدية انما هي على العاقلة وكذلك بالنسبة الى ما اذا كان القاتل مجنوناً اوصبياً اوممن لا يقتل بالمقتول ولا يعطي الدية، ولذا قيد في الجواهر وغيره القتل بالعمد.

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ١٦١ الباب ١٥ من أبواب الضمان ح ١.

ومنه يعلم، ماذا أفلت المفلت المجرم فيما اذا كان غير قاتل، وانما كان جارحاً جرحاً عمدياً أوشبه عمد، لا ماذا كان خطاءاً لوحدة الملاك في البابين .

ثم انه ان أفلت المفلت القاتل لكن أولياء المقتول تمكنوا من القاء القبض عليه خرج المفلت عن الكفالة، كما ان الاولياء فى العمد اذا تمكنوا من قتله ولو بدون القاء القبض عليه كان الحكم كذلك لانتفاء الحكم بانتفاء الموضوع ولو تمكن أولياء المقتول من القاء القبض عليه، لكنه هرب عن يدهم سقطت الكفالة أيضاً لانهم تمكنوا منه فسقط الحكم بسقوط الموضوع، ولو اختلف اجتهاد المفلت والولي فى انه هل هذا قاتل يحق عليه القصاص أو الدية أم لا ؟ مثلا: كان اجتهاد المفلت ان القتل خطاء فلاشيء على القاتل، بينما كان اجتهاد الولي انه عمد أوشبه عمد فعليه القصاص أو الدية لم يكن على المفلت شيء لاجتهاده .

نعم اذا تراجعا الى الحاكم وحكم بنفع الولي الزم، وان كان مجتهداً لما ذكرناه في [كتاب القضاء] من ان المجتهدين اذا ترافعا الى مجتهد ثالث نفذ حكمه على الجانب المخالف للقاضي، وان كان المخالف أيضاً مجتهداً .

قال في القواعد: فان دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ماأخذه وجوباً ، وان لم يقتل ، وفي مفتاح الكرامة : اذا تمكن الولي منه في العمد وجب عليه رد الدية الى الغارم وان لم يقتص من القاتل لانّها وجبت لمكان الحيلولة ، وقد زالت وعدم القتل الان مستند الى اختيار المستحق كما صرح بذلك في التذكرة والمسالك والروضة ، واستشكل في التحرير قال : واذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الاولياء ؟ فيه اشكال ، ثم قال : وهل له الزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر ـ انتهى .

ولايخفى مافي كلام التحرير من النّظر ، ولذا أشكل عليه في الجواهر بقوله : فيه ما لايخفى بعد فرض كون الدفع الاول للحيلولة، لا لاسقاط الحق والا لم يكن لهم قتله ، بل ولا رجوع عليه بما أدى الا مع الاذن بالاطلاق ، فان فيه حينئذ ماعرفت ، ثم كما يتخير القاتل بين اعطاء أي الاقسام من الدية من الابل أو البقرأو الغنمأو غيرها،كذلك المفلت مخير في اعطاء أيالاقسام لوحدة المناط في المقامين ، فاذا أعطى المفلت الابل ثم تمكن المفات من القاتل ، فالظاهر انه انما يحق له أن يأخذ منه الابل لاأحدها مخيراً ، لانهبدل ما دفعه والبدل يلزم أن يكون مماثلا للمبدل منه ، خصوصاً اذا كانت هنالك تفاوت قيمةكما هو الغالب في عصرنا هذا .

لكن الاقرب بقاء التخيير للقاتل للاصل، فان أعطى لولي المقتولالاكثر لم يحق للمفلت مطالبة القاتل بالاكثر ، بل يبقى القاتل على تخييره ، وان أعطى المفلت الاقل لم يحق له أخذ الاكثر من القاتل ، ثم ان طلب المفلت من الحاكم أنلايحبسه حتى يأتي بالقاتل حق له ذلك، اذ كيف يمكن أنيأتي بالقاتل وهو في الحبس .

نعم يلزم على الحاكم أن يستوثق في الامر حتى لايهرب المفلت أيضاً بأخذ كفيل منه أو ماأشبه، ولولم يستعد المفلت من الاتيان بالقاتل أو الجارح ولااستعدبدفع البدل، فالحاكم يأخذ الدية منماله ويعطيهالى أولياء المقتول، ولو كان المفلت أحد الورثة سقط بقدر حقه ، وانما يلزم عليه أن يعطي بقدر حق الاخرين من شركائه، ولو أفلت القاتل حيث يتمكن الولي من أخذ الدية منه أو قتله ، ثم جاء القاتل مستنداً الى قوة بحيث لايتمكن الولي حينئذ من قتله واخذ الدية منه كانالمفلت ضامناً ايضاً، لوحدة الملاك في المقامين، ولو

اراد الولي ان يأخذ الدية من القاتل عمداً فهربه المهرب ثم رجع حيث لا مال له بحيث صار نقضاً لغرض الولي فهل يكفي رجوعه في عدم الضمان على المهرب، أو يضمن المهرب المال الذي اراد الولي اخذه من القاتل ، احتمالان من انه جاء القاتل ومن انه فوت المال على الولي، وان كان عدم الضمان اقرب، لانه انما هرب القاتل، والمفروض انه ارجعه أو رجع بنفسه أو تمكن الولي منه.

أما ان له مالا أو ليس له مال ؟ وان الولي كان يريد أخذ المال أو لم يرد أخذ المال، فلا ربط له بالمقام، والاصل براءة ذمة المهرب ثم اذا هرب المهرب القاتل شبه العمد مما الدية عليه في سنتين ، فانه لايحق للولي أن يطالب من المهرب الدية مرة واحدة ، بل انما على المهرب دفعها سنتين أيضاً ، لوحدة سنتين أيضاً ، لوحدة الملاك في المقامين .

أما اذا هرب المهرب المشتبه بأنه قاتل أولا ولم يتمكن الولي من اثبات انه قاتل فلا شيء على المهرب لانتفاء الحكم بانتفاء موضوعه ، ولافرق بين أن يكون التهريب بعد موت المقتول أو قبل موت المقتول ،كما اذا اطلق عليه الرصاص لكنه لم يمت وأخذه الولي ليحاكمه فهربه المهرب قبل أن يموت المقتول ، فان الحكم أيضاً كالسابق لوحدة الملاك في المقامين .

ولو هرب المهرب القاتل عمداً أو شبه عمد ثم عفا ولي المقتول عنه سقطت الكفالة كما هو واضح لانتفاء الموضوع ، وفي قتل الخطأ ، حيث يريد ولي المقتول أخذ الدية من أولياء القاتل اذا هرب المهرب أولياء القاتل كان عليه الضمان أيضاً .

قال في القواعد : ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولاقصاص وفي مفتاح الكرامة كما صرح بذلك كله في التذكرة

لانه لم يكفله بقوله ، ولم يدفع برضاه ، ولم يكن المدفوع واجباً بالاصالة ، وانما وجب بعارض وهي الحيلولة ، وان زالت ، واما عدم تسلطه بالقصاص فظاهر وسمى المصنف المطلق قهراً مكفولا مجازاً ، لكنه سمى المخلص كفيلا ، والخبر يعطي انه ليس بكفيل كما عرفت ـ انتهى .

ثم انه لو كان الاجرام مثلا قطع المجرم يد الشخص فلما أخذه ليأتي به الى الحاكم للقصاص هربه المهرب فضمن المهرب ، لكنه مثلا رمى حديداً فقطع يد الجاني ، فانه لاشيء على المهرب بعد ذلك ، لان القصاص قد حصل وكذلك اذا أخذ المجني عليه من مال الجاني بقدر الدية، مثلا : أخذ خمسمائة دينار لقطع يده ، فانه بذلك تنتهي الكفالة حيث ينتهي الموضوع .

(مسألة ـ ٨ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولابد من كون المكفول معيناً كما صرح به الفاضل وغيره ، فلو قال : كفلت أحد هذين لم يصح ، وكذا لو قال : كفلت بزيد أو عمرو لم يصح أيضاً ، وكذا لو قال : كفلت بزيد ، فان لم آت به فبعمرو ، بل في الثالث التعليق وهو مانع من صحة الكفالة لما عرفته غير مرة من منافاته للتسبيب الظاهر من الادلة فاشكال الفاضل فيه في القواعد في غير محله .

وفيه أيضاً اشتراط مايعود على الكفالة بالنقض ، فلا اشكال في بطلانه ، كما لااشكال في البطلان في السابقين مع ارادة الابهام المانع من تعلق العقد لعدم المورد له وغيره ، أما الابهام التخييري فظاهر المصنف منعه أيضاً ـ انتهى .

لكن الظاهر صحة الاقسام الثلاثة وفروعها أيضاً ، لاطلاق الادلة والعرفية مثلا : هناك مجرمان ، فيقول الكفيل : اني اكفل أحدهما ، أو هناك مجرم واحد فيقول الكفيل : أنا أو أخي اكفل المجرم ، وأخوه أيضاً يقبل بهذه الكفالة ، أو ان المجرم أجرم بحق زيد وعمرو فيقول الكفيل : اني اكفل المجرم لاحد من المجنى عليهما ، وكذلك فيما اذا تعدد في الجانبين، مثلا : هناك مجرمان فيقول : أنا أو أخي اكفل أحدهما أو كليهما ، الى غير ذلك من الامثلة .

أما الابهام التخييري فصحته أوضح ، ولذا قال في الجواهر : ان مقتضى الاطلاقات جوازه بعد عدم مايقتضي عدم قابلية حق الكفالة لذلك، فيصح حينئذ ويبرء بتسليم أحدهما ، ويحبس الى أن يحضر أحدهما أو يؤديه عنه ، ولعله في هذا القسم توقف الاردبيلي في المحكى عنه وهو في محله الا ان يثبت ما يقتضي عدم قابلية حق الكفالة لذلك ، وانه كالملك الذي لايقبل مثل هذا ـ انتهى .

ومن الواضح انه لم يثبت ما يقتضي عدم قابلية حق الكفالة لذلك ، وانه كالملك الذي لايقبل مثل هذا ، بل العرفية شاهدة على صحة مثل ذلك أيضاً ، ولوقال: اني اكفل المجرم منهما واحدهما مجرم، فانه صحيح قطعاً، وكذلك اذا قال : اني اكفل الاشد منهما جرماً بأن كان مثلا أحدهما قتل والاخر قطع اليد .

وهكذا اذا قال : اني اكفل مايعينه أبي بعد ذلك من هذين المجرمين ، فان الذي يعينه الاب معلوم عند الله سبحانه وتعالى ، وان لم يكن معلوماً بالنسبة الى الكفيل في الحال ولا دليل على لزوم علم الكفيل بمن كفله في الحال ، وانما يلزم الكفالة بالواقع وكذا لو قال : اني اكفل المجرم الذي في الدار ، ثم لو قتل الكفيل المكفول وجب عليه اعطاء المال للمكفول له ، لانه فوت موضع الكفالة .

هذا اذا لم يتمكن المكفول له من أخذ المال من تركة المقتول ، والا لا شيء على الكفيل ، لان الكفيل انما يكفل البدن والمال بدل ، ولايصل الامر الى البدل اذا حصل المكفول له على حقه ، كما ان المكفول له اذا كان وارثاً للمكفول لم يكن على الكفيل شيء فيما اذا ورث المال منه ، لان الدين قبل الارث .

ولو قتل المكفول المكفول له بقيت الكفالة على الكفيل ، لانه بقتله انتقل الحق الى ورثة المقتول ، سواء كان القتل في المسألتين عمداً أو خطاءاً أوشبه العمد ، وسواء كان القتل بحق ، كما اذا كان يطالب منه الدم فقتله ، أو ارتد وهو قاض فقتله من باب الحد ، أو كان القتل بالباطل ، كما اذا قتله ظلماً لوحدة الملاك في جميع ذلك .

(مسألة ـ ٩ ـ) الظاهر صحة كفالة الفضولي لاطلاق أدلته الشامل للكفالة أيضاً ، فان أجاز من الفضول عقد فضولا بالنسبة اليه فهو جائز والا لم يكن جائزاً على التفصيل المذكور في مسألة بيع الفضولي وغيره ، والظاهر صحة كفالة كل من المؤمن والكافر والمنافق والمخالف لمثله ولغيره ، كل ذلك مضروباً في احد الاربعة بالنسبة الى المكفول له ، وذلك لاطلاق الادلة وتوهم انه يلزم أحياناً السبيل من الكافر على المسلم غير مانع[1] ، اذ هذا كسائر المعاملات مثل الوكالة والضمان ونحوهما ، فانه ليس بسبيل منهى عنه في الاية ، ولو لانصراف الاية عن مثله ، وقد ذكرنا في [كتاب السبق والرماية] وغير ذلك ما ينفع المقام ، وان النبي ﷺ سابق مع بعض الكفار[2] .

وتصح كفالة كل من المرأة والرجل لجنسه ولغير جنسه ، ولا مانع فى كفالة الزوجة ولو بدون اذن الزوج لامرأة أو لرجل ، لان الكفالة معاملة والزوجة مختارة في معاملاتها ، نعم لا حق لها في الخروج بدون اذن الزوج ، اذ قد حقق في [كتاب النكاح] ان حق الزوج عليها اثنان الاستفراش والخروج بالاذن ، أما ما عدا ذلك فهي مختارة نفسها .

والظاهر صحة كفالة البالغ العاقل عن الصغير وعن المجنون لاحضارهما عند الحاكم فيما يريد الحاكم اجراء الحد عليهما فيما عليهما الحد من السرقة ونحو ذلك ، ولو كان الحد بنحو التأديب .

ولو ارتد الكفيل أو صار مخالفاً ،وليس من دينه الجديد أو مذهبه الجديد

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٧٦ الباب ١ من أبواب موانع الارث ح ١١ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥١٦ الباب ٢ من أبواب السبق والرماية ح ٢ .

الكفالة ، فهل تبقى الكفالـة استصحابـاً أو تنقطع لتبدل الموضوع ؟ يحتمل الثاني على تردد .

ولو صار مقلداً لمن لا يقول بصحة الكفالة في مورد كفالته ، أو مجتهداً كذلك ، فـان قلنا بأن الواقعة الواحدة لاتتحمل اجتهادين كما اخترناه فـي [الفقه] بقيت الكفالة والا فلا ، أما لو كفل وليس من دينه أو مذهبه ثم صار مسلماً أو دخل فيما صار من دينه أو مذهبه الكفالة فلا كفالة ،لانه حين الكفالة لم تنعقد،والاصل عدم الانعقاد بعد عدم تحقق العقد في مذهبه الجديد أو دينه الجديد.

ولو جن الكفيل كان في ماله ، ولـو جن المكفول له انتقل حقه الـى وليه ، ولو جن المكفول لزم على الكفيل الاداء ، ان لـم يكن للمكفول مال يؤدى عنه ، وفـروع هذه المسائل كثيرة يظهر بعضها مما تقدم ، نكتفي منها بهذا القدر .

(مسألة ـ١٠ـ) قال في الشرائع : اذا أحضر الغريم قبل الاجل وجب تسلمه اذا كان لاضرر عليه ، ولو قيل : لايجب كان أشبه ، ولو سلمه وكان ممنوعاً من تسلمه بيد قاهرة لم يبرء الكفيل ، ولو كان محبوساً في حبس الحاكم وجب تسليمه لانه متمكن من استيفاء حقه ، وليس كذلك لو كان في حبس ظالم ـ انتهى .

أقول : هذه المسألة تشتمل على فروع :

الفرع الاول : فيما اذا أحضر الغريم قبل الاجل ، فان الشيخ فى محكى المبسوط قال بوجوب تسلمه ، والظاهر الذي اختاره الشرائع عدم الوجوب ولذا قال : لو قيل لايجب كان أشبه ، وهكذا اذا سلمه في غير المكان الذي وقع العقد على تسليمه فيه ، أو على غير الشرط ، فانه اذا كان الزمان أو المكان أو ما أشبه حقاً للمكفول له ، فلا وجه لسقوط حقه باحضار الكفيل في غير المحل أو الزمان أو بغير الشرط الذي وقع عليه العقد .

ولذا قال في الجواهر : لعل مصلحة الأجل والمكان مشتركة بينهما ، وان ما اختاره الشرائع هو مختار الفاضل وغيره ثم قيده بأن كلام الفاضلين جيد ، حيث يكون اشتراط الاجل والمكان حقاً لهما ، أما اذا كان حقاً للكفيل وأراد اسقاطه كان الاجود الاول كما تقدم نظيره في الدين المؤجل ، ولعله الى ذلك نظر الشيخ ـ انتهى .

ومنه يظهر انه لو أحضره بعد الزمان المعين ، كما اذا كان الزمان المعين الخميس وأحضره الجمعة لم يجب عليه التسلم ، اذ لعله لايتمكن من التسلم في يوم الجمعة ، ويتمكن من التسلم في يوم الخميس ، وعليه فاللازم على الكفيل الصبر الى الخميس الاتي ، مثلا فيما كان وقت التسليم كلياً يشمل كل

خميس حيث يتمكن المكفول له التسلم فيؤديه .

ومنه يعلم ، ان المكفول له لو طلب التسلم في غير الزمان أو المكان أو الشرط ليس على الكفيل التسليم كذلك ، لانه مكلف بمقتضى العقد وما يطلبه المكفول له غير مقتضى العقد ، ولو اختلفا في ان الكفالة هل كانت مطلقة أو مقيدة ، فالاصل عدم التقيد لانه امر زائد اذا شك فيه كان الاصل عدمه.

ولو اختلفا في التقييد على هذا النحو او ذاك النحو ،كما اذا قال احدهما ان الشرط كان التسليم يوم الجمعة ، وقال الاخر : بل يوم الخميس او قال احدهما : في هذا المكان ، وقال الاخر في المكان الاخر او قال احدهما : بهذا الشرط ،وقال الاخر: بشرط آخر، فحيث لا اصل في المقام يكون الموضع من التحالف ، فاذا تحالفا يبقى اصل الكفالة وتنفي الخصوصيات ، ويكون كما يريد الكفيل من التسليم لا المكفول له .

الفرع الثاني : (مالو سلمه وكان ممنوعاً من تسلمه بيد قاهرة لم يبره الكفيل) ومقتضى القاعدة ان الكفيل اذا أراد التسليم على الشرط أو الزمان أو المكان الخاص ، ولم يتمكن المكفول له من التسلم سلمه الكفيل الى الحاكم الشرعي، أما تسليمه له فهو كما ذكره غير مبرء، وعلله في الجواهر بعدم التسليم التام الواجب عليه بانصراف اطلاق الادلة اليه ، أما اذا لم يكن حاكم شرعي يتسلم ولابد له من عدول المؤمنين، فالظاهر براءة الكفيل، لان الكفيل انما كفل بهذا الزمان أو المكان أو هذا الشرط ، وليس عليه أكثر من ذلك ، فمقتضى الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم[1] ، انه لاشيء عليه اذا أطلق المكفول ،

---

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ (الطبعة الحديثة) .

وشأنه أو لم يحضره اطلاقاً فيما اذا لم يكن متسلم منه .

الفرع الثالث : (مالوكان المكفول محبوساً فيحبس الحاكم وجب تسلمه لانه متمكن من استيفاء حقه ، وليس كذلك لوكان في حبس ظالم) والظاهر انه من باب المثال ، اذ لافرق بين العادل والجائز في انه قد يتمكن ، وقد لا يتمكن ، ولذا بعد أن علل الجواهر للفرق : بأن الكفيل حيث يرفع أمره الى العادل يخرجه من الحبس أو يطالبه وهو فيه ، وينهى أمره معه ولو بأن يحبسه على الحقين معاً ، وليس كذلك لوكان في حبس ظالم لغلبة عدم التمكن من استيفاء الحق معه قال : ولو فرض امكانه في حبس الظالم وجب تسلمه ،كما انه لو فرض عدم امكانه في حبس العادل لم يجب تسلمه وهو واضح ـ انتهى.

ثم اذا لم يتمكن المكفول له تسلمه لحبس عادل أو ظالم أو ماأشبه ، فالظاهر عدم الحق على الكفيل بعد ذلك ، لما ذكرناه في الفرع السابق من انه مكلف بالتسليم في وقته ومكانه وسائر الشرائط ، فاذا لم يتمكن الطرف من التسلم لم يكن عليه شيء ، لانه مناف لحق الكفيل لتسلط الكفيل على نفسه ، لكن للتأمل في بعض فروع اطلاق سراح المكفول مجال .

(مسألة ـ ١١ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: اذا كان المكفول عنه غائباً في مكان معلوم ومتجاوزاً مسافة القصر وكانت الكفالة حالة وطلبه منه المكفول لـه انظر بمقدار مايمكنه الذهاب اليـه والعود به ، وكـذا لوكانت مؤجلة وطلبه منه أخر بعد حلولها وطلبه منه بمقدار ذلك بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن التذكرة عليه عامة أهـل العلم ضرورة اقتضاء وجوب الاحضار الذي هو مقتضى الكفالة ذلك والا كان تكليفاً بغير المقدور ـ انتهى.

وفي كلام الجواهر الـذي قيد الشرائع بقوله : ومتجاوزاً مسافة القصر نظر ، اذ لافرق بين مسافة القصر وعدم مسافة القصر في ذلك ،كما انه اذا كان الكفالة موقتة بوقت يلزم أن يذهب الكفيل قبل ذلك الوقت حتى يحضره أول الوقت ، فقوله : وكذا لوكانت مؤجلة وطلبه منه أخـر بعد حلولها وطلبه منه بمقدار ذلك ، محل اشكال ،كما انه لايلزم الطلب ، بـل اللازم احضار الكفيل المكفول طلبه منه أو لم يطلبه .

نعم اذا أسقط الطلب لم يكن عليه الاحضار، فتقييد الجواهر للمتن بقوله: وطلبه منه ، غير ظاهر الوجـه ، فاللازم على الكفيل احضار المكفول في أول وقت قرر بينهما في العقد، فاذا لم يحضره في أول الوقت وسبب ضرراً على المكفول له ، فالظاهر ان الكفيل يتحمل ذلك الضرر ، لانه هو الذي أضره ، فدليل لاضرر حاكم على ذلك على التقريب الذي ذكروه في خيار الغبن وغيره.

فلايقال : ان دليل لاضرر لايدل على اثبات الحكم ، وانما يدل على نفي الحكم ،كما انـه اذا كان الوقت ، مثلا : يوم الجمعة فرضيا بالاحضار يـوم الخميس أو يوم السبت لم يكن ذلك ملزماً لاحد الطرفين، فاذا أحضره الكفيل يـوم الخميس كان للمكفول لـه أن يقول : اني استثنيت ، وانما أحضره لي

يوم الجمعة ، وكذلك اذا رضى المكفول له باحضاره يوم السبت كان لـه بعد ذلك أن يقول : اني استثنيت ، وانما أحضره لي نفس يوم الجمعة، وهكذا في طرف الكفيل ، لان مقتضى العقد هو المحكم والرضا بخلافه لايوجب تغيير العقد ، فيما اذا رفع الـراضي يده عن رضاه الا اذا حصل ذلك بعقد جديد ، حيث ان مقتضى العقد الثاني يوجب التزام كليهما به .

نعم اذا لم يلتزم احدهما بـالعقد الثاني ، كان مقتضى القاعدة بقاء مقتضى العقد الاول فعلى كل طرف الالتزام بـالعقد الاول الا اذا حصل منهما فسخ أو اقالـة بالنسبة الى العقد الاول ، حيث ان مقتضاه يسقط ، وانما يكون اللازم العمل بمقتضى العقد الثاني ، واذا سقط العقد الثاني أيضاً بالعصيان أو بالاقالة أو نحو ذلك ، فالمرجع القواعد الاولية .

نعم ربما يحتمل انه ان أسقط المكفول له حقه من الخميس الى الجمعة في المثال المتقدم لم يكن له الرجوع الى يوم الجمعة فالحق يكون بالتسليم يوم الخميس .

وكيف كان ، ففي أصل مسألـة كيفية لزوم احضار المكفول على الكفيل فيما اذا كان غائباً ثلاثة أقوال .

قال في القواعد : لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة ، فالاقرب الزام الكفيل بالمال أو احضاره مع احتمال بـرائته ، ويحتمل الصبر ، وفي مفتاح الكرامة ماقربه المصنف هو الذي صححه صاحب جامع المقاصد ، لان ذلك مقتضى الكفالة ، فانها تقتضي احضار الغريم أو أداء ماعليه من المال، والاصل بقاء ذلك الى أن يحصل المبرء وهو المسقط للحق أو موت المكفول ، وان

الكفيل وثيقة على الحق كالرهـن ، فاذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليـه استوفى من الوثيقة ـ انتهى .

وهذا هـو مقتضى القاعدة لما عرفت من ان معنى الكفالـة الاحضار اذا أمكن ، واذا لم يمكن اعطاء المال على ماتقدم .

ثم قال مفتاح الكرامة : وأما الاحتمال الثاني فهو خيرة التذكرة ، وكذا التحرير على اشكال لـه فيه لان الاحضار واجب مع الامكان ، واذا غـاب غيبة انقطع خبره بها كان احضاره ممتنعاً فكان بمنزلة مالو مات، ولان وجوب الاحضار اذا سقط لم يجب المال ، لانه لم يتعهد به ووجوبه مع وجوب الاحضار حين امكانه اذا لم يأت به ورضى بالمال لايقتضي وجوبه بدونه وهذا أشبه باصول الباب وأخباره ، اذ ليس فيها المال ، وانما فيها الامر بالاحضار وظاهرها انه مع الامكان العرفي . الى أن قال : وأما الثالث : فهوخيرة الايضاح مستنداًالى اصالة بقاء الكفالة ولاتتناول المال فيتوقع المكنة والا لزم تكليف مالايطاق ، والفرق بين الهرب والغيبة المنقطعة ان الهارب يعلم موضعه، لكنه متى توجه اليه هرب الى موضع آخر وهكذا ، فكان بذلك كالغيبة المنقطعة ـ انتهى .

وأنت تعلم مافي الاحتمالين الاخيرين من النظر ، لما عرفت سابقاً من ان مقتضى الكفالة هو الاحضار ، واذا لم يحضر لزم عليه اعطاء المال ، فلاوجه للاحتمالين المذكورين .

ومنه يعلم وجـه النظر في قـول الجواهر : لكن قـد يقال : على القـول بانحصار مقتضاها في الاحضار بعدم اعتبار امكانه له بعد أن كان في حد ذاته من الممكنات ، لانه هو الذي أوقع نفسه في ذلك فيكلف به ويحبس عليه ، ولو

لان يفدي نفسه بأداء ماعليه ليتخلص من ذلك ،كما هو مقتضى النصوص في حبسه .

اذ يرد عليه أولا : اعتبار الامكان لانه هو مصب العقد فلاينفع كونه فيحد ذاته من الممكنات .

وثانياً : انه لم يعرف وجه الفرق بين أخذ المال منه ابتداءاً وبين قوله : ولو لان يفدي نفسه بأداء ماعليه فجعل هذا في مقابل ذلك القول ، غير ظاهر الوجه .

ثم انه لافرق بين أن يكون غائباً في وقت الكفالة ، أو بعد وقت الكفالة ، وبين أن يكون معلوم المكان ممالاتصل اليد اليه وبين أن يكون مجهول المكان لوحدة الملاك في الجميع ، ولو تمكن الكفيل من الاحضار بسبب أجير أو جعل جعالة لمن أحضره أو ماأشبه وجب عليه ذلك ، لان معنى الاحضار ليس الشخصي ، وانما الاحضار كيف ماكان .

ثم انه قدم تقدم ان اللازم أولا الاحضار ، فاذا لم يحضر فالمال فحينئذ يجب على الكفيل الاحضار وان كان فيه ضرر عليه ، لكن الضرر يقدر بقدر المركوز عند العقد بالنسبة الى الكفالة ، أما اذا كان ضرراً زائداً جسمياً أو مالياً أوحرجاً أو ماأشبه فليس الواجب عليه الاحضار ويسقط حق المكفول له عن الاحضار الى البدل فعليه أن يعطي البدل .

ومما تقدم من مقتضى القاعدة ، وذكره جامع المقاصد يعرف وجه النظر في قوله الثاني قال : لو وقع في بلاد الكفر بحيث لايقدر عليه أو حبس ظالم لايمكن تخليصه وجب الصبر الى زمان امكان احضاره ولو رجيء تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه ، ولو احتاج الى بذل مال فاشكال ـ انتهى .

ولـذا قال في الجواهر : وكأنه مناف لما سمعته منه سابقاً ، ثم انـه لا خصوصية للظالم على مـاعرفت في بعض المسائل السابقة ، بـل المعيار امكان التخليص وعدم امكان التخليص ، سواء كان في حبس ظالم أو حبس عـادل ، كما انه لافرق بين بلاد الكفر وغيرها ،كما اذا كان فيجزيرة لايمكن الوصول اليها أو مـاأشبه ذلك ، وان كان البلد اسلامياً ، فقول جـامع المقاصد في كلا المكانين من باب المثال .

ومما تقدم يعرف الكلام فيما ذكره محكى التذكرة وجامع المقاصد من انه لو فرط الكفيل في احضاره بأن طالبه المكفول لـه باحضاره وكان متمكناً منه فهرب أو ماطل باحضاره حتى غاب غيبة منقطعة ، فـان أوجبنا المال وجب هنا والا فاشكال ـ انتهى .

اذ قـد عرفت ان مقتضى القاعدة اعطاء المال ، ولو قال الكفيل حين عقد الكفالة : أحضره بشرط أن يكون في البلاد القريبة أو ماأشبه ذلك ، وكانحين طلب المكفول لـه أو حين وصول الـوقت غير متوفر الشرط لـم يجب على الكفيل الاحضار ، فاذا كان مطلقاً بقيت الكفالة ، وان كانت مقيدة بوقت خاص سقطتالكفالة بعد عدم توفرالشرط، لانه مقتضىالمؤمنونعند شروطهم(١) وغيره.

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٣٥٣ الباب ٦ من أبواب الخيار ح ٢ .

(مسألة ـ ١٢ـ) قال في الشرائع : اذا تكفل بتسليمه مطلقاً انصرف الى بلد العقد ، وان عين موضعاً لزمه ولو دفعه في غيره لم يبرء ، وقيل : اذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسلمه ضرر وجب تسلمه وفيه تردد ـ انتهى .

أقول : اذا كان انصراف الى بلد العقد ، أو غير ذلك ، فلااشكال ، وأما اذا لم يكن انصراف ، فان توافقا فهو ، وان تشاحا فالمرجع الحاكم ، اذ هو كلي ، والكلي ينطبق على الفردين الذين يريدهما الكفيل والمكفول له ، فلا وجه لترجيح أحدهما على الاخر بدون مرجح ، فان توافقا حصل المرجح ، لان الحق لايعدوهما ، وان لم يتوافقا فالحاكم هو الفاصل في الامر .

لايقال : انه لاحق للمكفول له ، لان الكلي ينطبق بارادة الكفيل .

لانه يقال : اذا لم يستعد المكفول له التسلم في البلد الذي يريده الكفيل لم يحصل التسلم الموجب لانتهاء الكفالة .

نعم للكفيل تسليمه الى الحاكم مثلا يريد الكفيل التسليم في كربلاء ، ويريد المكفول له التسلم في النجف، فاذا تمكن الكفيل من تسليمه في كربلاء وسلمه اياه فهو ، ولاحق له في عدم التسلم مع اعطائه له ، واذا لم يتمكن بأن كان المكفول له في النجف ، فان تمكن من تسليمه الى الحاكم في كربلاء فهو لانه ولي الممتنع ، وان لم يتمكن أحضرهما الحاكم وأجبرهما على أحد الطرفين ، لانه المعد لقطع المنازعات .

لكن ربما يقال ان الكلي لما كان منطبقاً على ارادة الكفيل فاذا لم يستعد المكفول له عن التسلم سقط حقه وهذا أقرب ، وان كان الاول أحوط .

أما بالنسبة الى الفرع الثاني الذي ذكره الشرائع بقوله: وان عين موضعاً لزمه ولو دفعه في غيره لم يبرء، فانما لايبرء، اذا لم يتسلمه المكفول له برضى

منه والا كان تسليماً تاماً وموجباً لبرائة الذمة ، وكان معنى ذلك رفـع المكفول له يده عن شرطه ،كما في العكس بأن كان المعين الموضع الخاص ورضـى الكفيل بتسليمه في غير ذلك الموضع وسلمه اياه ، فان الكفالة تنتهي أما قول القيل المنسوب الى الشيخ والقاضي بوجوب تسلمه ، فقد عرفت فـي بعض المسائل السابقة مافيه ، لانه خلاف الشرط ، وان لم يكن ضرر ولا كلفة .

(مسألة ـ ١٣ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : لو اتفقا أي الكفيل والمكفول له على وقوع الكفالة ، لكن قال الكفيل : لاحق لـك الان عليه لاداء أو ابراء أو غيرهما كان القول قول المكفول له بيمينه لاصالة بقـاء الحق، وكذا لو قال له: لاحق لك حال الكفالة، كان القول أيضاً قول المكفول له ، بلاخلاف أجده فيه ، لان الاعتراف من الكفيل بوقوع الكفالة تستدعي ثبوت حق ، فيكون هو مدعى الفساد والمكفول له مدعي الصحة ، ولا ريب في ان القول قول مدعي الصحة لاصالتها ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة بمثل ذلك قال: قد صرح بتقديم قول المكفول له في الفرض المذكور في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية، وهو أيضاً صدقهم في ذلك، ثم هل يحتاج الامر الى اليمين كما عن المبسوط والسرائر واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية لاطلاق البينة على المدعى واليمين على من أنكر وعن التحرير انه الاقرب ، وعن المسالك ان القاعـدة تقديم قول المكفول له مع يمينه أو لايحتاج كما عن مجمع البرهان مستدلا بأن الكفيل معترف بالكفالة وهي من دون ثبوت حق في ذمّة المكفول غيـر معقول ، فلاتسمع دعواه ولايحلف له ، لان دعواه تخالف قوله. وفي مفتاح الكرامة: هو قوى، احتمالان، لكن الظاهر صحة قول المشهور، لان قول الكفيل لاحق لك عليه الان يقتضي بطلان الكفالة أو أداء الحق ، وكلاهما يحتاج الى اليمين ، ثم اذا ثبت الحق للمكفول له ، فهل يجب عليه أداء المال من غيـر بينة كما احتمله في المسالك ومحكى التذكرة أم لايجب عليه الا بالبينة كمـا اختاره الجواهر ؟ قال : ضرورة أعمية ثبوت صحة الكفالة من ثبوت الحـق

على المكفول، وهو كما ذكره، اذ الكفالة شيء والمال شيء آخر، وربما كفل لمقام دعوى أو نحوه ، فمن أين يثبت عليه المال بدون البينة ؟ واذا لم تكن بينة على المال حلف الكفيل على العدم أو على عدم العلم، ويكفي ذلك في براءة ذمته .

نعم لو أقام المدعي البينة بالحق كان له تغريم الكفيل على ما ذكرناه سابقاً ، وفي القواعد ان أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم، ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي التذكرة انه لو تعذر احضاره، فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة اشكال أقربه عدم الوجوب وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك والروضة، لان الحق لم يثبت بحلفه السابق كما عرفت ، واشكال مفتاح الكرامة عليه غير واضح قال : كذا قالوا ولي فيه تأمل ، اذ الحلف السابق صيره كفيلا واقعاً فيجب عليه أداء المال اذا تعذر الاحضار كما هو ظاهر كلام المبسوط والسرائر والشرائع وغيرها، لكن مقتضى القاعدة ماذكروه لا ما ذكره لما عرفت، وفي الجواهر بعد فتواه انه لا يرجع به على المكفول لاعترافه بعدم كونه كفيلا شرعاً وانه مظلوم قال: ولكن اذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له امكن الرجوع بما أغرمه على ما في ذمة المكفول مقاصة ، لانه قد صار عوضا عما اداه .

اما لو علم فسادها فلا رجوع له عليه قطعاً، وهو كما ذكره ، ثم انهما لو اختلفا في أصل الزمان أو الاطلاق أو التوقيت أو المكان كذلك أو الشرط فالاصل مع المنكر ، لانه خصوصية زائدة لم يعلم وجودها عند العقد .

أما لو قال كلاهما بالزمان واختلفا في انه أول رجب أو أول شعبان مثلا أو في المكان واختلفا في انه قم أو خراسان أو في الشرط وانه شرط كذا أو شرط كذا

من الامرين المتقابلين مما لاجامع بينهما فهوموضوع التحالف، ومع التحالف الاطلاق ان كان والا فالاصول العملية. واذا قال الكفيل: لا اقدرعلى الاحضار، وقال المكفول له : تقدر عليه ، فبعد جريان موازين الدعوى يرجع الامر الى ضمان الكفيل للمال .

والظاهر انه يأتي في هذه المعاملة الغرر أيضاً ، كما اذا زعم الكفيل بانه مديون عشرة ، وعلى هذا الاساس كفله حيث انه فكر ان المكفول عنه اذا لم يؤدكان الاداء سهلا فظهر ان الدين الف ، فالظاهر انه يحق له فسخ الكفالة ، فاذا لم يفت شيء على المكفول له بأن كان المكفول عنه حاضراً ومستولياً عليه فلا شيء على الكفيل .

أما اذا فات شيء على المكفول له ، فالظاهر ان الكفيل ضامن لا بالعقد ، بل بسبب اضراره للمكفول له ، حيث انه قد تقدم في بعض مباحث الكتاب ان الضار وان كان جاهلا يتحمل عقبى ضرره .

وعلى هذا فلو اختلفا في انه هل كان الكفيل عالماً بقدر المال أم لا ؟ حلف الكفيل ان لم يقم المكفول له البينة ، ولو اختلفا في قدر المال الذي يريد الكفيل اعطائه كان الاصل الاقل الا ان يقيم الطرف البينة على الاكثر حسب موازين الدعوى .

ولو اختلفا في الجنس ، هل كانت الكفالة للشاة أو للثور مثلا ؟ حيث ان المكفول ذمته متعلقة بأيهما ، فالمرجع بعد التحالف وسقوطهما أقلهما ثمناً ، اذ هو متفق عليه لما ذكرناه في بعض مباحث الاقتصاد ، من ان المطلوب للانسان شيئان : الروح والجسد ، فاذا تعذر الجسد رجع الامر الى الروح الاقتصادية ، اي الثمن، فالعين جسد والثمن روح ، فاذا تعذر الجسد أوالشارع

أسقطه بسبب التحالف أو غيره رجع الامر الى الثمن فتأمل .

ولو اختلفا في الكفيل هل هو زيد أو أخوه فكل واحد منهما يدفع الكفالة عن نفسه ويقول : ان الكفيل هو أخوه ، والمكفول له يصدق احدهما أو لا يعلم لنسيان ، أو لانه وارث أو ما أشبه ، لم يبعد ان يلزم الحاكم كليهما على الاحضار مشتركاً أو دفع الثمن مشتركاً لقاعدة العدل ، هذا فيما اذا جهل المكفول له ان أيهما كفيل أو نسي .

أما اذا قال : زيد كفيلي لا عمرو ، وزيد يقول : اخي كفيلك لا انا ، فان موازين الدعوى تجري بين زيد وبين المكفول له .

ولو اختلفا في ان أيهما مكفول ، فقال الكفيل : كفلت زيداً ، وقال المكفول له : بل كفلت عمرواً ، جرت موازين الدعوى أيضاً بين الكفيل والمكفول له ولا شيء على الكفيل بالنسبة الى المكفول الذي يدعي هو انه كفله بعد اقرار المكفول له بأنه ليس بكفيل .

ومنه يظهر حال النزاع في ان أيهما مكفول له فالكفيل يقول : انما كفلت لزيد ، وعمرو يقول : انما كفلت لي ، فانه تجري موازين النزاع بين الكفيل وبين عمرو .

(مسألة ـ ١٤ ـ) قال في الشرائع: اذا تكفل رجلان برجل فسلمه أحدهما لم يبرء الاخر ، ولو قيل بالبراءة لكان حسناً .

وفى القواعد : لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالاقرب براءة الاخر

قال فـي مفتاح الكرامة : كما فـي التحرير والتذكرة والمختلف والايضاح واللمعة وجـامع المقاصد والمسالك والروضة والكفايـة والقول بعدم البراءة للشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة والقاضى فيما حكى عنه ، استدل للشيخ ومن تبعه بالاصل وبكون الكفيلين كالرهنين الذين اذا فك أحدهما لـم يفك الاخر، وفيهما نظر ، اذ لا أصل بعد الدليل وكون الكفيلين كالرهنين انما يتم اذا قصد ذلك ، والمشهور لايقولون بالخلاف فيما اذا كان قصدهما ذلك، بل يقولون بأن المقصود تسلمه ، وقد حصل حتى لو سلم نفسه أو سلمه أجنبى أو تسلمه المكفول له بنفسه برء لحصول الغرض .

ولذا أشار الجواهر الى التفصيل الذي ذكرناه بقوله : ان ماذكره الجماعة جيد ان كان المراد من كفالتهما الاحضار الواحد ولو على وجه يكونان معاً كفيلا ، فانه لا اشكال في براءة كل منهما بادائهما معاً دفعة وباداء كل واحد منهما .

أما اذا كان المراد من كفالة كل واحد منهما الاستقلال على وجه لـو أسقط المكفول له حق الكفالة من أحدهما باقالة ونحوها لم يسقط عن الاخر فلا يخلو كلام الشيخ من قوة حينئذ الا اذا قصد تسليمه عن صاحبه فانه يبرء صاحبه ، لكن هو لا يبرء ، ولعله ليس بين الشيخ وبين غيره الا نزاعاً لفظياً .

أما في مقام الاثبات فهو تابع للقرينة هل المراد منهما الكلي الذي يتحقق

باحدهما بل وبغيرهما فتسقط الكفالة الثانية أو المراد فردان من الكفالة حتى ان الكفالة لاتسقط الا بفوات متعلقها أي أداءالدين ونحوه ، فهو يقتضي التعدد.

أما ما أشار اليه الجواهر في اخير كلامه المتقدم وذكره مستقلا بقوله : والظاهر ان محل البحث في التسليم عن نفسه ، اما لو قصد التسليم عن صاحبه فلا اشكال في براءة صاحبه ، وان بقي هو عند الشيخ فوجهه انه ان قصد التسليم عن صاحبه لم يؤد مقتضى العقد ، فمقتضى اوفوا بالعقود انه يجب ان يؤدى مقتضاه ، وحيث ان العمل قابل للاصالة والنيابة يتعين في الخارج كونه احدهما بالنية ، لان الاعمال بالنيات .

كما اذا كان مديوناً بنفسه وعن غيره مالا او عبادة او ما اشبه ، فاذا عمل عملا بنية نفسه سقط ما على نفسه ، واذا عمل عملا بنية غيره سقط عن غيره واذا لم ينو عن احدهما فقد تقدم في بعض المسائل السابقة تفصيل الكلام ، والاحتمالات في ذلك .

ثم انه لافرق في الاختلاف المذكور بين الشيخ والمشهور بكون الكفالتين وقعتا على الترتيب او دفعة بصيغة التثنية مثلا او اجرى الكفالتين وكيلهما او غير ذلك .

وفي مفتاح الكرامة : الاصل وظاهر اطلاقاتهم جواز الامرين ، كما انه لافرق بين ان تكون كلتاهما اصالة او فضولة مجازة او احديهما بالاصالة والاخرى بالفضولية المجازة ، ومن الواضح ان ذكرهم الاثنين من باب المثال والا فالكفالات المتعددة ايضاً في حكم الاثنين من هذه الجهة ، ثم اذا تكفل الاثنان بانسان فهرب ذلك الانسان او نحو ذلك كان كل واحد منهما مديوناً للطالب فله ان يأخذ من ايهما كل المال او بعضه بالتساوي او بغير التساوي .

نعم لو تكفل الاثنان بحيث انه يحضراه معاً ويؤديا دينه معاً لم يكن حق للمكفول لـه ان يستبد بالاخذ مـن أحدهما أو يأخذ منهما متفاوتاً ، بـل هما شريكان في دفع الحق على التناصف .

ثم قال في الشرائع : ولو تكفل لرجلين برجل ثم سلمه الى أحدهما لم يبرء مـن الاخـر ، وفـي مفتاح الكرامة عند قـول العلامة : بمثل ذلك : انه كذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح .

والحاصل : انه لاخلاف فيه لاحد من الخاصة والعامة، ومثله الجواهر في دعواه عدم الخلاف ، والدليل على ذلك واضح لانه بمنزلة عقدين ، فهو كما لـو كفل لكل واحد منهما بانفراده ، وكما لـو ضمن دينين لشخصين فأدى أحدهما ، فانه لم يبرء من دين الاخر كذا مثل بعضهم .

ثم انه لو لم يتمكن الا من التسليم لاحدهما فقط يتخير الكفيل بين التسليم لهذا أو لذاك فيسلم الشخص لاحدهما ويعطي المال للاخر حسب ما تقدم من موازين الكفالة .

وفي الدعائم ، عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام انه قال في حديث : اذا تكفل رجلان لرجل بمائة دينار على ان كل واحد منهما كفيل لصاحبه بما عليه فأخذ منهما فللمأخوذ أن يرجع بالنصف على شريكه فـي الكفالة ، وان أحب رجع على المكفول عنه ، وان أخذ الـرجل كفيلا بنفسه ثم أخذ منه بعد ذلك كفيلا آخر لزمهما الكفالة جميعاً [1].

---

(١) الدعائم : ج ٢ ص ٦٤ .

(مسألة ـ ١٥ ـ) قال في الشرائع : اذا مات المكفول برء الكفيل ، وفي مفتاح الكرامة عند قـول العلامة: بمثل ذلك ، أي يخرج عـن العهدة بموت المكفول ، فانه اذا مات بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيئاً عند علمائنا كما في التذكرة وعليه الاجماع في الغنية ، وبالحكم صرح في المبسوط وغيره ، وفي التنقيح انه المشهور ، ونفى عنه الخلاف في الرياض .

واستدلوا على ذلك بأنه تكفل ببدنه على أن يحضره وقـد فات بالموت ولانه قد سقط المحظور عن المكفول فيبرء الكفيل ، ولان المتبادر من الكفالة انما هو الاحضار في حال الحياة وهـو المتعارف بين الناس فيحمل الاطلاق عليه .

لكن يمكن أن يقال: باستثناء صورة من الاطلاق ، ولعلهم لم يريدوا هذه الصورة فاطلقوا وهو ما ان كان عقد الكفالة بمعنى ان يحضره أو يدفع الدين عنه اذا لم يتمكن المكفول له عن ماله بأخذه عن المكفول أو تركته، وهذا هو مقتضى كون الكفالة غرامة، بل لعله متعارف عند الناس انه اذا أراد منه ماله فلم يعطه وتكفل انسـان به كان معنى ذلك ان لم يحضره دفع المال فيما اذا لم يتمكن المكفول له من ماله، فان تمكن المكفول له من المكفول بنفسه برء الكفيل .

وكذلك اذا تمكن من أخذ ماله سواء منه فـي حال حياته مقاصة مثلا أو من تركته بعد موته والا كان على الكفيل أداء المال ، فمرادهم بالبراءة البراءة عن الاحضار لا عن اعطاء المال، أو ان كلامهم في غير صورة كون العقد كما ذكرناه .

وبذلك يظهر انه لا موقع بعد ما ذكرناه لكلام مفتاح الكرامة حيث قال: ويبقى الكلام فيما اذا حضر الاجل فطلبه فماطل فـي احضاره مع تمكنه منه

حتى مات ، اذ لافرق بين المماطلة وغيرها فى ان الواجب الاحضار بشخصه أو تحصيل المكفول لـه المال منه بأية كيفية أو اعطاء الكفيل المال للمكفول له اذا لم يبرء المكفول أو لم يسقط عـن استحقاقه المال بأن صار كافراً حربياً مباح المال ، الى غير ذلك من الصور .

ثم ان القواعد قـال بعد ذلك (في غير الشهادة على عينه) وفسره فـي مفتاح الكرامة بأنه يريدان الخروج عن العهدة بموته انما هو في غير الشهادة على صورته وعينه لدلالة ذلك على عدم الاختصاص بحال الحياة .

أقـول : فاذا كانت الكفالـة على أن يحضره وجب عليه احضار الميت ، ومعنى الاحضار أن يعمل شيئاً يسبب رؤيـة القاضي أو الشهـود جسد الميت ولـو بأن يذهب بهم اليه ، لان التسليم لا يتوقف على الاتيان بالمكفول حتى في حال حياته ، بل هو الجمع بين المكفول له والمكفول .

ثم قال القواعد بعد ذلك أو فيها بعد الدفن ان حرمنا النبش لاخذ المال وفسره مفتاح الكرامـة بقوله : يريدان هذا فيما لـم يدفن فان دفـن وحرمنا النبش لاخذ المال لم ينبش هنا أيضاً فيخرج عـن العهدة بدفنه . وفـي جامع المقاصد انه يشكل بأن نبش الميت بالشهادة على عينه مـن الأمور المستثناة في الاستدلال غير متفرعة على جواز النبش لاخذ المال فلا يلزم مـن تحريم النبش ثم تحريمه هنا .

ومنـه يعلم وجـه النظر فـي تقييد القـواعد بقوله : ان حرمنا النبـش لاخذ المال ، ولـذا قال فـي الجواهر : ضرورة عدم تفريع ذلك عليه ، فـان الشهادةعلى عينه من مستثنيات النبش ، سواء قلنا بجوازه لاخذ المال وعدمه.

وقـد ذكرنا تفصيل الكلام فـي مستثنيات النبش فـي [كتاب الطهارة]

والظاهر ان كلا منهما جائز ، سواء كان للمال أو الشهادة على العين ، لان أدلة النبش لا تشمل أمثال هذه الامور الا اذا كان شيئاً ضئيلا جداً بحيث يعرف من الادلة تقدم حرمة النبش على التلف في مثل ذلك المال كما ذكرنا تفصيله هناك .

ومما ذكرناه من التفصيل في المسألة بين صورتي موت المكفول يظهر وجه ما ذكره صاحب الجواهر مستشكلا عليهم حيث قال: لولا الاجماع المزبور لم يخل أصل الحكم من نظر على اقتضاء الكفالة التخيير بين الاحضار والمال ، فانه اذا تعذر الاول يبقى الاخر .

ثم ان القواعد قال : ولو مات المكفول له فالاقرب انتقال الحق الى ورثته ، وفي مفتاح الكرامة كما في التحرير وجامع المقاصد وفي التذكرة انه الصحيح عندنا ، لانه حق للميت فينتقل الى ورثته كغيره من الحقوق للعمومات ، وقد تبعهم صاحب الجواهر فقال : ان موت المكفول له يقتضي ان الحق ينتقل الى وارثه ، لعموم أدلة الارث بعد اصالة بقاء الحق .

أقول : هذا اذا كان العقد مطلقاً بحيث ينصرف ولو ارتكازاً الى ذلك ، أما اذا كان العقد خاصاً بالمكفول له فانه ينتفي موضوعه بانتفاء المكفول له بالموت ، وقول القواعد في كلامه المتقدم : الاقرب كأنه ناظر الى قول بعض الشافعية حيث قالوا : بأن الكفالة تنقطع ، لان الكفالة عقد ضعيف فلا يحكم بثبوتها ولاقتضائها الاحضار اليه وقد تعذر ، ولايخفى ما في كلا الدليلين من الضعف ، وعن الايضاح انه لم يرجح أحد القولين، وفيه نظر .

ثم لو تكفل ان يحضره لاجل دين كان للمكفول له على المكفول أولاجل قصاص كان يطلب المكفول له من المكفول فسقط بعض الحق بابراء ونحوه

أو لان المكفول له جرح المكفول الجارح لـه ببعض الجرح مما بقى بعض الجرح للمكفول له على المكفول ، فالظاهر بقاء الكفالة للاصل .

ومنه يعلم انه لـو أسقط بعض ورثة المكفول له حقهم دون البعض كان على الكفيل احضار المكفول عند اولئك البعض الذين لم يسقطوا حقهم ،ولو شك في بقاء حق الكفالة بعد اسقاط البعض كان الاصل البقاء .

ومنه يعلم انه لو كان المكفول له يطلب من المكفول أرضاً فكفل له انسان فان على الكفيل اعطاء الارض اذا لم يتمكن من تسليم المكفول ، وهل ينفع ابراء الزوجة عن الكفالة أو انها لا شأن لها حيث لا ترث عن الارض فيما اذا مات المكفول له ، وكذلك في الحبوة بالنسبة الى غير الولد الاكبر؟ الظاهر الثاني، لان عدم حق الزوجة وغير الولد الاكبر لا يوجب بطلان حق الكفالة على ما عرفت في اختلاف الورثة في اسقاط بعضهم الحق دون البعض ، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في [كتاب الارث] في باب الخيار الموروث اذا كان متعلق الخيار الارض أو الحبوة بالنسبة الى الزوجة وغير الولد الاكبر .

قال في الجواهر : أما موت الكفيل فلا اشكال في بطلان الكفالة حينئذ .

أقول : قد يقال:ان الكفيل اذا كانت كفالته بمعنى انه ضامن في نفسه أو ماله ان يحضر المكفول أو أن يؤدي المال ، فانه لا وجه للقول ببطلان الكفالة ، فاذا مات حتى تعذر الاحضار يلزم اخراج المال من تركته للمكفول له اذا لم يرد الورثة احضار المكفول لتخليص التركة والا لم يستبعد أن يكون لهم ذلك ولا حق للمكفول ان لا يحضر بأمرهم فهم كالمورث في حقهم في الاحضار اذا كانت الكفالة على هذا النحو ، مستنداً الى تسلط الناس على أنفسهم ، حيث انهم يريدون تخليص التركة من حق المكفول له الذي لا يتحقق الا

باحضار المكفول ، والمكفول حيث سقط تسلطه على نفسه ، فكما للميت الكفيل احضاره كذلك لورثته .

ثم انه لوعفا المكفول له عن المكفول في باب القصاص قتلا أوجراحة أونحوهما سقطت الكفالة لانتفاء الموضوع فينتفى الحكم .

ثم قال في القواعد : لوانتقل الحق عن المستحق ببيع أواحالة وغيرها برء الكفيل ، وكذا لواحال المكفول المستحق لانه كالقضاء .

وقال في مفتاح الكرامة : هناك فرق بين انتقال الحق من الموروث الى الوارث وبين انتقال الحق من المستحق الى غيره ببيع ونحوه ، فان الكفالة لاتنتقل حينئذ بخلاف الارث ، فانه يقتضي نقل كل الحق للموروث فينتقل الدين وما يتعلق به .

والحاصل : ان مورد الارث عام في المال وحقوقه ومورد المعاوضة ما وقع عليه العقد ، وقد نص عليه في التذكرة والحواشي وجامع المقاصد ، لكن في الجواهر احتمال انتقال حق الكفالة بانتقال الدين ببيع أو حوالة ونحوهما .

والظاهر التفصيل ، اذ مقتضى القاعدة انه لوكانت الكفالة على نحو الكلي وانما شخص زيد من باب الانطباق عليه يلزم أن يبقى الكفيل كفيلا ، لان تبدل الفرد لايوجب عدم انطباق الكلي الذي وقع عليه العقد على الفرد الثاني .

أما اذا كان من باب الشخص بطلت الكفالة الا اذا كان الشخص من باب الشرط (لا من باب القيد ومصب العقد) حيث ان للكفيل أن يسقط شرطه ويبقى

الكفالة وبعد اسقاط شرطه لاحق له في اعادة الشرط ، فان الابراء سـواء كان عن الشرط أوعن المال أونحوهما يوجب سقوط الحق وبسقوط الحق لايمكن أرجاعه الابعقد جديد ونحوه ، فبهذا التفصيل في باب البيع ونحوه يظهر ان موضوع الارث أيضاً كذلك لانه لوكانت كفالة شخصية لم يكن وجه للانتقال، بينما اذاكانت الكفالة على نحوالكليةكان اللازم الانتقال .

(مسألة ـ ١٦ ـ) قال في الشرائع: اذا مات المكفول برء الكفيل، وكذا لوجاء المكفول وسلم نفسه، وفي المسالك أي سلم نفسه للمكفول له تسليماً تاماً، فان الكفيل يبرء بذلك لحصول الغرض وهو رده الى المكفول له، ولافرق بين وصوله الى يده بالكفيل وغيره وقيده في التذكرة بما اذا سلم نفسه عن جهة الكفيل فلولم يسلم نفسه عن جهته لم يبرء لانه لم يسلمه اليه، ولاأحد من جهته، واطلق في موضع آخر منها البرائة كماهنا وهو اجود، ولوسلمه أجنبي عن الكفيل فكذلك، ولولم يكن عنه فالوجهان الا انه في التذكرة جزم هنا بالتفصيل وزاد انه لايجب على المكفول له قبوله الا ان يكون التسليم صادراً عن اذن الكفيل محتجاً بعدم وجوب قبض الحق الا ممن عليه، لكن لوقبل برء الكفيل وفي كل هذه الفروض نظر واطلاق المصنف وجماعة يقتضي عدم الفرق ولعله أوجه وكلام التذكرة مختلف ـ انتهى .

وانما قيد التسليم بالتسليم التام الذي هو المفهوم من عبارة المحقق ايضاً لان التسليم اذا لم يكن تاماً لم يكن تسليم حتى من الكفيل كماتقدم، فكيف بالاجنبي اوبنفس المكفول، هذا لكن مقتضى القاعدة انه لايبرء الكفيل بتسليم المكفول نفسه مطلقاً بل فيما اذا لم يكن غرض الا التسليم، وقد أنصب على ذلك الغرض العقد، اذ مقتضى العقد التسليم ولم يسلم الكفيل وتسليم الاجنبي اونفس المكفول او القاء المكفول له القبض عليه غيرمقتضى العقد الواجب الوفاء به، فالمقام مثل ماذا كفله اثنان، حيث قلنا: ان تسليم احدهما لايغني عن تسليم الاخر .

وبذلك يظهر وجوه النظر في كلام كل من المحقق والتذكرة والمسالك،

كماانه يظهر وجه النظر في التفصيل بين كون تسليم نفس المكفول نفسه، أو الاجنبي للمكفول بما اذا كان عن قبل الكفيل، اولم يكن عن قبل الكفيل، اذلمّا لم يكن ذلك بأمر الكفيل واذنه لامعنى للتسليم عنه أو لا عنه. وفي الجواهر بعد تأييده المحقق بعدم الدليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل، اذ ليس هذا الحق اعظم من الدين، بل لايبعد وجوب القبول لنحو ماسمعته منافي دفع الدين مع المتبرع كما عن الاردبيلي التصريح به هنا، ثم نقله كلام التذكرة المتقدم في المسالك قال: ولكن لايخلو من اشكال كماعرفته سابقاً في كفالة الاثنين - انتهى ولعله أشار الى ماذكرناه من الاشكال.

(مسألة ـ ١٧ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: لو قال الكفيل: ابرئت المكفول فأنكر المكفول له كان القول قوله مع يمينه لاصالة بقاء الحق بعد اعترافه بثبوته سابقاً كما هو مقتضى دعوى الأبراء، فلو رد اليمين على الكفيل فحلف برء من حق الكفالة، لكن لم يبرء المكفول من المال بيمين غيره، فالدعوى بينه وبين المكفول مستقلة فله اليمين على المكفول له لو ادعى عليه الأبراء، ولا يكتفي باليمين التي حلفها الكفيل، كما ان له رد اليمين على المكفول فاذا حلف برء حينئذ ـ انتهى.

وقد نقل هذا القول مفتاح الكرامة عند قول العلامة بمثل قول المحقق: عن المبسوط والتحرير والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية، وهو كما ذكروه فهنا دعويان مستقلتان لا دعوى واحدة حتى يكتفي فيها بيمين واحدة.

وعليه فاذا اخذ المكفول له من الكفيل لا يحق للكفيل الرجوع الى المكفول لانه مقر على ان المكفول له ظالم عمداً او اشتباهاً في اخذ المال فلاشيء على المكفول حتى يرجع الكفيل عليه بعد اداء المال الى المكفول له كما تقدم مثله في بعض المسائل السابقة.

ثم قال الجواهر: نعم لو فرض سبق دعوى الابراء من المكفول فحلف اليمين المردودة برء هو وكفيله، وان كان قد حلف المستحق اولا للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة، كما لو أدى الحق ـ انتهى. وهو كما ذكره.

ثم انه يصح للمكفول له الحلف على عدم علمه بالابراء لامكان النسيان

ونحوه، كما انه اذا ورثه الوارث حق له الحلف على ذلك، ويكتفي به كماقرر في (كتاب القضاء) وذكرهم الحلف لانه لا يمكن غالباً البينة، والا فلو ادعى الكفيل انه ابرئه في هذه الساعة وكان عنده شاهدان على الابراء لم تصل النوبة الى الحلف كماهو واضح .

(مسألة ـ ١٨ ـ) قال في الشرائع: لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء جاز وفي المسالك لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول، وان لم يكن مالا صح كفالة الكفيل من كفيل ثان، لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له وهو احضار المكفول الاول، وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل وهكذا، وهو معنى الترامي ثم يختلف حكم الاحضار فيهم، فانه متى احضر الكفيل الاخير مكفوله برء من الكفالة خاصة، وبقي على مكفوله احضار من كفله وهكذا .

ولو أحضر الكفيل الاول مكفوله برء الجميع لانهم فرعه، وان أحضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برء هو وبرء من بعده من الكفلاء وهكذا .

ولو أبرء المكفول له الاول غريمه المكفول الاول وهو الاصيل برئوا أجمع لزوال الكفالة بسقوط الحق، ولو ابرء غيره من كفالته، أي أسقط عنه حق الكفالة برء من بعده دون من قبله ـ انتهى .

وقد تبعه في كل ذلك الجواهر ومفتاح الكرامة وغيرهما بعد ان نسب الثاني عند قول القواعد بمثل قول الشرائع : الحكم الى المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والارشاد ومجمع البرهان، فاذا اشترك زيد وعمرو في جناية أوفي دين يصح لصاحب المال اوالمجنى عليه أن يأخذ كل واحد منهما كفيلا على الاخر بترامي فيحضر هذا ذاك ويحضر ذاك هذا وهكذا ويأتي هنا ماقلناه سابقاً من صحة كفالة اثنين دفعة اومرتباً لمكفول واحد، وهكذا فاذا كان نفران الحاكم يريدهما، فان كل واحد منهما يكفل احضار الاخر عند الحاكم، فاذا أحضر زيد عمرواً برئت ذمة زيد من الكفالة وبقيت ذمة عمرو مشغولة بالكفالة حتى يحضر زيداً، وهكذا في صورة الترامي على ماذكره المسالك .

(مسألة ـ ١٩ ـ) قال في الشرائع: لو كفل برأسه أوبدنه اوبوجهه صح ، لانه قديعبر بذلك عن الجملة عرفاً .

قال في المسالك والروضة: تبعاً للكركي ان اطلاق الرأس والوجه على أنفسهما خاصة أشهر من اطلاقهما على الجملة وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط واصالة البرائة من لوازم العقد غيرواضح .

نعم لو صرح بارادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة،كما انه لوقصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعاً ، بل كالجزء الذي لايمكن الحياة بدونه ، وبالجملة الكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على احدهما ، فعند ذلك لايصح التعليل بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة ـ انتهى .

لكن في ذلك ما أورده عليه الجواهر بأن المراد من التعليل المزبور بيان صحة الاطلاق المزبورالمراد منه ذلك قطعاً فيعقد الكفالة ولوباعتبار تعارف التعبير به مريداً به الجملة فيها أو بيان الاكتفاء فيها في الحمل على الوجه الصحيح لاصالة الصحة و غيرها بقابلية اللفظ بذلك ، بخلاف ما اذا لم يكن قابلا ـ انتهى .

وهو كما ذكره ، لان الكلام في صحة مثل هذه الالفاظ ، وقد حقق في صيغ العقود ان الصيغة لوكانت مشتركة بين معنين أحدهما صحيح والاخر باطل فعقدا كان مقتضى أصل الصحة كون المراد الصحيح من المعنيين ، كما انه لااشكال فيما اذاكانت هنالك قرينة حالية أومقالية .

ثم ان القواعد قال بعد مثل العبارة المتقدمة : أما او قال :كفلت كبده أو غيره مما لم تمكن الحياة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففي الصحة

نظر ينشأ من عدم السريان كالبيع ، ومن عدم امكان احضار الجزء الا بالجملة فيسرى ، وكذا لوكان جزءاً يمكن الحياة مع انفصاله كيده ورجله .

وفي مفتاح الكرامة في الفرع الاول من القواعد الى قوله: فيسرى، الاقرب الصحة كمافي التحرير وهو الوجه كما في التذكرة ومجمع البرهان ، وذلك لان كفالة الجزء الذي لاتمكن الحياة بدونه تقضي الى كفالة المجموع ، لان احضاره لايمكن الا باحضار المجموع .

أقول : ان المتعاقدين اذا قصدا الكبد مثلا وحدها ، فمقتضى القاعدة عدم الصحة لعدم تعارف مثل هذا العقد، والادلة الشرعية انما تنصب على المتعارف كما لايخفى ، أما اذا قصدا المعنى السارى الى المجموع كان مقتضى القاعدة الصحة،لان المستفاد من أدلة الكفالة صحتها في الجملة لاخصوص صيغة بعينها، فكل لفظ دل على الكفالة ولوبقرينة عدم امكان احضار العضو وحده يصلح لها لكون المقصود الكل .

والحاصل : الكلام تارة في مقام الثبوت وتارة في مقام الاثبات وظاهر اللفظ ، والمهم مقام الثبوت ، أما مقام الاثبات فيتمسك فيه بالظهور أواصالة الصحة ، وأما مقام الثبوت فتابع للقصد، فان قصد المعنى الصحيح فالكفالة صحيحة والافهي باطلة .

وبذلك يظهر وجه النظرفيما ذكره جامع المقاصد في رد القواعد بقوله: ولقائل أن يقول : ان احضاره ، وان كان غير ممكن بدون احضار المجموع الا انه لايقتضي الصحة ، لان الاحضار فرع الكفالة والمطلوب انما هو صحة الكفالة واحضارذلك العضو، وحيث ان صحتها انما تكون بكفالة المجموع ولم يصح هيهنا اذ المتكفل به ليس هوالمجموع ولاما يستلزم ، وان كان حكم

الكفالة وهو احضار ذلك العضو غير ممكن الا باحضار المجموع والعقود أسباب متلقاة من الشرع فلابد في صحتها من النص على ان التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف ـ انتهى .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الشرائع أخيراً قال: ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر لم يصح، اذ لايمكن احضار ماشرط مجردا، ولايسرى الى الجملة ، بل هو المحكى عن المبسوط ومن تأخر عن المحقق، كما يظهر من الجواهر ومفتاح الكرامة وغيرهما، وفي القواعد وجهان ، وفي المسالك لايبعد القول بالصحة، وقد عرفت عدم ظهور فرق لا في مقام الاثبات ولافي مقام الثبوت .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر للفرق بينه وبين الاول هو صحة التعبير بالاول عن الجملة فيكفى أصل الصحة حينئذ في الحكم بارادتها منه بعد فرض عدم صحة التعبير بها عن الجملة، بل لابد من التصريح بذلك أو بقرينة اخرى فيكفي حينئذ، وان كان غلطاً لما عرفت ـ انتهى .

اذ ماذكره غير فارق لافي مقام الثبوت ولافي مقام الاثبات ، ففي مقام الثبوت المعتبر القصد، وفي مقام الاثبات المعتبر الظهور أوالقرينة .

(مسألة ـ ٢٠ـ) الظاهر صحة الكفالة بالبعض دون الكل كما اذا كان بين النجف وكربلاء عشرة فراسخ ، فيقول الكفيل: اني أكفل ان أتى به الى ربع المسافة، وكذلك يكفل بأن يأتي به بقدر ربع مؤنة الاتيان به، كما اذا كانت مؤنة الاتيان به أربعة دنانير، فيقول: اني كفيل بالاتيان به باعطاء دينار فتأمل، وكذلك اذا كان كفيلا بالاتيان به بربع مؤنة وسيلة النقل كربع السيارة الحاملة له، فاذا انضم اليه كفيل آخر بالثلاثة الارباع الاخر في الفروض الثلاثة صحت كفالة تامة، وكذلك اذا استعد المكفول له بالثلاثة الارباع الاخر ، وكذلك فيما اذا كان على كل منهما النصف أو بالاختلاف (في غير الربع) كالخمس والثلث وما أشبه، وذلك لانه عقد عقلائي يشمله دليل أوفوا بالعقود ، فاذا لم يعمل الكفيل بما التزم فانه ضامن بقدر ما التزم ، كما انه تصح الكفالة بعدم الاحضار عند المكفول له، بل بالاحضار عند الحاكم أوعند انسان آخر أوفي مكان خاص ، كما اذا تكفل أن يحضره الى دار فيسجنه فيها حتى يأتي المكفول له أوالحاكم أووكيل أحدهما فيتسلمه، كل ذلك لما عرفت من العرفية والاطلاق.

نعم لايصح للكفيل أن يقول : انا كفيل نصفه لانصفه الاخر ، لانه غير عقلائي ، ولايشمله الدليل ، وان صحت الكفالة بكفيلين كلاهما معاً يكفلانه حيث تكون النتيجة ان نصف الكفالة واقع على كل واحد منهما كما سبق ، وقد تقدمت رواية الدعائم الدالة على ذلك ، بالاضافة الى العرفية والاطلاقات .

(مسألة -٢١-) قال في القواعد : لو أسلم الكفيل على الخمر برىء من الكفالة ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة والتحرير قال : ومعناه انه اذا كان لذمي على ذمي خمر وكفله ذمي آخر ثم أسلم الكفيل فانه يبرء من الكفالة لامتناع كون المسلم كفيلا بالخمر فتبطل الكفالة ويبقى الحق بين الذميين كما كان وظاهر التذكرة انه لامخالف فيه أيضاً من العامة ـ انتهى .

ومقتضى القاعدة عدم البراءة من الكفالة، لان الكفالة للبدن، فاذا لم يمكن انتقل الى الضمان بالدين، وحيث لايتمكن المسلم من احضار الخمر احضر بدلها جمعاً بين الحقين كماذكرنا مثل ذلك في [كتاب الرهن] .

ومنه يعرف وجه تضعيف جامع المقاصد تبعاً للسيد العميد للقواعد قال: لان الكفالة ليست بالخمر، بل بمن عليه الخمر وهو حق بالنسبة الى الذميين ولهذا يمنع المسلم من التعرض اليه ويضمن قيمته لوأتلفه مع عدم التظاهر، بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين فجوز كفالة المسلم للذمي اذاكان في ذمته خمر أو خنزير لذمي آخر محتجاً بأن الكفالة ليست بالمال بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له في ذمة الكفيل، وهو هنا كذلك ولا شبهة في وجوب الحضور على المديون هنا الى مجلس الحكم لوطلبه المستحق فلا مانع من صحة الكفالة أصلا .

ومنه يعرف صحة الكفالة فيمالايصح بنظر المسلمين، كمااذا تزوج الاخ اخته اذاكانا مجوسيين فأرادت الهرب مثلا اوأراد الهرب فكفل المسلم باحضاره او احضارها عند الحاكم مع ان الزواج عندنا باطل ، واذا لم يتمكن من الاحضار انتقل الى اعطاء المهر مثلا الى الزوج كماتقدم مثل ذلك في أشباه الزواج.

ومنه يعلم وجه النظر في اشكال مفتاح الكرامة على المحقق المذكور بقوله: وأنت خبير بأن مقتضى الكفالة الاحضار، فان امتنع من احضاره حبس حتى يحضره اويؤدي ماعليه، وكذا لو امتنع عليه احضاره على رأي، فانه يلزم بالمال، ومن المعلوم ان الخمر مثلية فالزام المسلم بها هو أن يأتي بمثلها لا بقيمتها، ومن المعلوم ان الخمر لاتجب على المسلم ولاعلى الكافر لانه يمتنع في شرع الاسلام الحكم باستحقاق الخمر فعاد الامر بالاخرة الى كون المسلم كفيلا بالخمر كماقالوه ـ انتهى .

ومنه يعرف الحال في ماإذا كان المكفول له يطلب المكفول عنه بالخمر وهما ذميان فأسلم أحدهما، فانه اذا أسلم المكفول له طلب الثمن، واذا أسلم المكفول عنه أعطاه الثمن جمعاً بين الحقين ، ومثل الخمر والخنزير سائر الأشياء التي لامالية لها في شرع الاسلام، بل مسألة الخنزير أهون، كماذكرناه في بعض كتب [الفقه] كالرهن وغيره، حيث ان الخنزير لايبعد القول باختصاصه بالصحة من جهة صحة جعل جلده للسقاء وشعره للحبل، وان كان للتأمل في كلتا المسألتين مجال، والله العالم .

(مسألة ـ ٢٢ ـ) قدتقدم الالماع الى انـه يدخل خيار الشرط وغيـره من الخيارات الممكنة في عقد الكفالة، وقد نص على ذلك في مفتاح الكرامة في الجملة قال: عقد الكفالة يصح دخول الخيار فيه مدة معينة لقوله جل شأنـه : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] وقوله ﷺ : (المؤمنون عند شروطهـم)[2] نص على ذلك في التذكرة، وحكى عن الشافعي بطلان العقد ، وعن أبي‌حنيفة بطلان الشرط فقط .

أقول :كلا القولين غير ظاهر الوجه، فمقتضى القاعدة هو قول التذكرة والمفتاح .

---

(١) المائدة : آية / ١ .

(٢) الوسائل : ج ٧ ص ٥١ الباب ٤٠ من أبواب المهور وكتاب النكاح ح ٤ .

(مسألة ـ ٢٣ ـ) قال في مفتاح الكرامة: اذا قال رجل لرجل ان فلاناً قد لازم فلاناً وضيق عليه فاذهب فتكفل به فتكفل، كماأمره غيرمكره، كانت الكفالة على من باشر العقد دون الامر نص عليه في المبسوط ـ انتهى .

وهو كما ذكره ، اذ معنـى تكفل فلانـاً ليس ان الآمر هو الكفيل، وانما المباشر هو الكفيل .

نعم اذا قال لـه اذهب وتكفل بـه عني كان وكيلا، فاذا فعل يكون الكفيل الامر والوكالة تدخل في الكفالة كما يدخل فيها الفضولي كماتقدم .

أما قوله: ان فلانـاً قدلازم فلانـاً وضيق عليه ، فمن الواضح انه من باب المثال، اذ لاخصوصية له، كما انه اذا أكرهـه على أن يتكفل فالمكره مرفوع عنه الحكم وكان كالفضولي ان شاء أجاز وان شاء رفض، لرفع الاكراه .

نعم اذا كان الاكراه علـى حد لايشعر بما يقول أو لم يقصد المعنـى عند اجراء صيغة الكفالة بطلت ولاشيء، ولايتمكن من الاجازة بعد ذلك، اذ اللفظ كلا لفظ حينئـذ، فانما الاعمال بالنيات ، ولفظ المكره الذى لايشعر مايقول كلا لفظ .

(مسألة - ٢٤ -) لوأن انسانـاً كان يطالب غريماً، وكان الغريم يريد السفر أونحوه فقال له شخص: اتركه فاناكفيله، فالظاهر صحة الكفالة لاطلاق الادلة والعرفية كماتقدم، فاذا أحضره فهو والاكان ضامناً للمال على ماسبق، وهل يعتبر تعيين الوقت؟ الظاهر لا، اذ لاخصوصية للاوقات .

نعم يجب أن لايكون الموضوع غرراً لنهي النبي ﷺ عن الغرر [1]، وبكلا الفرعين أفتى المحقق القمي في جامع الشتات .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب التجارة ح ٣ .

(مسألة ـ ٢٥ ـ) لو أعطى شخص انساناً بيد انسان وقال: احفظه لي حتى آتي لاخذ منه ديني مثلا اوما أشبه، وقبل الاخذ ذلك، فالظاهر وجوب الحفظ عليه، لانه كفالة معاطاتية، فاذا أطلقه وثبت دين الامر على المأخوذ كان على الاخذ أن يؤدي دينه.

نعم اذا لم يثبت دينه عليه فليس على الاخذ شيء، ومجرد ادعاء الامر بأنه يطلبه مثلا لا يوجب حقاً على المأخوذ، واذا أقام المأخوذ شاهدين عند الاخذ بأن الامر ظالم له لم يكف ذلك في رفع كفالته، اذ الشهود يجب ان يكونوا عند الحاكم الشرعي، بل الحاكم الشرعي ايضاً اذا أقام المأخوذ الشاهدين عنده وحكم يكون حكماً على الغائب والغائب على حجته، فاذا جاء الامر واثبت كذب المأخوذ كان له أن يطالب الكفيل بمقتضى الكفالة.

(مسألة ـ ٢٦ ـ) ان أراد زيد المعاملة مع عمرو لكن عمرواً لايثق بـه، فقال خالد لعمرو: تعامل معه وأنا كفيله، فالظاهر ان الكفالة محققة، فاذا تعامل معـه فلم يؤد زيد مقتضى المعاملة كان اللازم علـى الكفيل، أمّا احضاره عند الحاكم، وأما الأداء فان اطلاقات أدلة الكفالة والعرفية شاملة لمثل هذا ايضاً.

(مسألة ـ ٢٧ ـ) فيها فروع :

(فرع ـ ١ـ)لو اختلفافي انه هل أحضر المكفول عند المكفول له أولا؟ أوهل أحضره احضاراً تامـاً أو لا ؟ أو هل أحضره فيما كان المكفول لـه قادراً على تسلمه أو لا؟ فالقول قول المكفول له، لاصالة عدم الخصوصيات التي يدعيها الكفيل .

(فرع ـ٢ـ) لو كفل فلم يتمكن من الاحضار،فان كان الشيء مثلياً أدى مثله الى المكفول له، وان كان قيمياً أدى قيمته اليه، وان كان مثل الابل والبقر والغنم كما في كفالـة القاتل فأخذه المكفول لـه ثم جاء المكفول واستعد ان يعطي المكفول له حقه، فالظاهر ان اصل مال الكفيل يرجع اليه دون الفوائـد التي استفادها المكفول له كالنتاج واللبن والشعر ونحوذلك، اذ مقتضى كونـه بدل الحيلولة انه مثله في ان النتاج للمكفول له .

نعم للكفيل أن يرجع بالنتاج ونحوه الى المكفول عنه، لانه سبب ضرره وخسارته، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في [كتاب الغصب] في موضوع بدل الحيلولة، أما اذا أتلف المكفول لـه أعيان مال الكفيل فللكفيل ان يرجع الى المكفول عنه بمثل أو قيمة أعيانه .

(فرع ـ ٣ـ) الظاهـر ان في دية القتل ونحوه مما يكون القاتـل والعاقلة مخيراً بين اشياء، الكفيل أيضاً يكون مخيراً بين تلك الاشياء، لان الكفيل قائم مقام المكفول عنه، فكما هو مخير كذلك يكون الكفيل مخيراً فلاحق للمكفول له بتعيين شيء من تلك الاشياء كأن يطالب منه ، مثلا : الابـل لا الدينار أو الشاة لا البقر الى غير ذلك ، وقد ذكرنا في [كتاب الديات] ان التخيير بين الاشياء كما هوجار في القتل، كذلك هو جار فى مثل قطع اليد ونحوها، حيث

ان ماذكر في جملة من الروايات من الابل أو نحوه انما هو من باب المثال ، لا من باب الخصوصية بقرينة روايات أخر حاكمة على تلك الروايات مما يجعل ديات الاعضاء مثل ديات النفس .

(فرع - ٤ -) اذا هرب المكفول عنه أو سجن أو ماأشبه ممّا لايمكن وصول اليد اليه وكان مال المكفول له بعينه موجوداً فى اثاثه، فالظاهر ان للكفيل الحق فى اخذ عين المال وارجاعه الى المكفول له ، نعم يشترط فى ذلك اذن الحاكم الشرعى لانه ولي القاصر والغائب ونحوهما .

أما اذا لم يكن عين مال المكفول له موجودة فى اثاث المكفول عنه وكان له مال ، فالظاهر الحق للكفيل فى أن يأخذ من مال المكفول عنه ويعطيه الى المكفول له ، لكن بشرط اذن الحاكم أيضاً ، فاذا كانت له اقسام متعدّدة من المال تخير الحاكم الشرعي فى أن يجيز للكفيل بأن يأخذ من ايها ويبيعه ويعطيه ثمنه أو يعطي عينه للمكفول له ، واذا لم يمكن الحاكم الشرعي ليستجيز منه الكفيل فى الفرعين كان له مراجعة عدول المؤمنين ، فان لم يمكن ذلك أيضاً اخذ بنفسه وأعطاه له، والظاهر ان من عدم الامكان ماذا كان رجوعه الى الحاكم الشرعي أو الى عدول المؤمنين غير منتج ، لانه لايتمكن من اثبات الكفالة ونحو ذلك، فان له ان يأخذ بنفسه كما اجاز رسول الله ﷺ هنداً ان تأخذ من مال ابي سفيان لاجل النفقة ، فان مناط الحديث المذكور موجود فى المقام ، بالاضافة الى دليل لاضرر ولايتوى وغيرهما من الادلة العامة .

(فرع - ٥ -) اذا تكفل انسان انساناً ثم ظهر له انه اذا سلم المكفول عنه الى المكفول له اضره ضرراً بالغاً مثل أن يقتله أو ماشبه فى ما لاحق للمكفول له فى ذلك ، فالظاهر ان المسألة من باب الاهم والمهم، فيلاحظ اهم الحقين،

فانكان حق المكفول لهاهم من الاضرارالذي يضره بالمكفول عنه اخذالكفيل المكفولعنهوسلمه الى المكفولله، واذا كان حق المكفول له اقل منالاضرار ونحوه الذييتزله المكفولله بالمكفولعنه، فلايحقللكفيلتسليمهالىالمكفول له ، فان دليل لاضرر محكم على الادلة الاولية ، لكن مع عدم التسليم يضمن حقه .

(فرع - ٦-) الظاهر صحة الكفالة عند الجائر بموازين جواز مراجعته ، فاذالم تجز مراجعتهلم تجزالكفالة عندهوذلك للادلة العامةفى كل منالمستثنى والمستثنى منه .

(فرع - ٧-) حيث ان الحوالة تفيد نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليهكما ذكرنا تفصيله فى [كتاب الحوالة] فاذا كفل رجلان رجلا لا على سبيل التنصيف وماأشبه ، بل بأنيكونكل واحدكفيلا مستقلا فلم يتمكنا من تسليمالمكفول عنهالى المكفولله فأحال أحدهماماعليه من المالللمكفول له على انسان، فالظاهر برائةكلا الكفيلين الا أن يكونكل واحدكفيلا مستقلا بحيث ان تسليم أحدهما لايكفي عن تسليم الاخر ، فان في هذه الصورةلاتبرء ذمة الاخر الا بتسلم المكفول له المال من المحال عليه حيث تسقط الكفالة بسقوط موضوعه .

والى ذلك المع رواية الدعائم، عن الصادق عليه الصلاة والسلام انه قال اذاكان لرجل على رجل دين وكفل بـه رجلان فلـه ان يأخذ أيهما شاء ، فان أحاله أحدهما لميكن له أن يرجع على الثاني اذا أبرئه .

(فرع -٨-) اذاهربالمكفول عنه أو جن أوماأشبه ممالايمكن الوصول اليه، وادعى المكفول له انه يطلبه مائة ولميعلم الكفيل صدقه عنكذبهكان له

على المكفول له البينة، فان أتى بها فهو والا حيث يتوجه الحلف الى الكفيل ولايتمكن من الحلف لعدم علمه فله أن يرد الحلف على المكفول له ، فاذا حلف كان له على الكفيل ماحلف عليه كماله ان يحلف على عدم علمه بالمقدار المتنازع فيه حيث يعلم الكفيل بان الدين ستون ويشك في باقيه الى المائة لكن اذا قال الكفيل: انه يكذب ولم يأت المكفول له بالبينة حلف الكفيل على العلم وثبت قوله على مقتضى قوانين الدعاوي .

(فرع - ٩ -) اذا لم يعلم كل من الكفيل والمكفول له مايطلبه المكفول له عن المكفول عنه، فان كان هناك قدر متيقن أخذ به، وان كان الامر دائراً بين شيئين، فالظاهر تحكيم قاعدة العدل بالتنصيف، كما اذا كان الامر دائراً بين شاة وثور حيث يعطي الكفيل للمكفول له نصف الشاة ونصف الثور، وان كان الامر مجهولا مطلقاً، فالفاصل الصلح القهري الذي يلجئهما الحاكم الشرعي عليه ، وقد ذكرنا مسألة الصلح القهري في بعض أبواب [الفقه] وانه قد ذهب الى ذلك جمع من الفقهاء .

وبما ذكرناه يقيد مفهوم رواية الدعائم، عن الصادق عليه الصلاة والسلام حيث قال : اذا تحمل الرجل بوجه الرجل الى أجل فجاء الاجل من قبل أن يأتي به حبس الا ان يؤدي عنه ماوجب عليه ان كان الذي يطالب به معلوماً وله أن يرجع به عليه، وان كان قد طلب مالابد فيه من احضار الوجه كان عليه احضاره الا أن يموت، فان مات فلاشيء عليه[1]، فان قوله عليه الصلاة والسلام معلوماً مفهومه ان كان مجهولا لاشيء عليه، أو انه ليس حكم المجهول حكم

---

(١) الدعائم : ج ٢ ص ٦٤ .

المعلوم فاللازم تقييد المجهول بماذكرناه، كما ان قوله: فان مات فلاشيءعليه قدتقدم بعض الكلام فيه في بعض المسائل السابقة .

(فرع ــ ١٠ ــ) لوظهر ان الكفيل كان مغروراً بأن زعم ان الدين مائة فظهر الفاً لم يبعد حقه في الفسخ لدليل الغرر والظاهر ان المكفول له له حق أخذ المائة منه دون الزائد .

أمّا الاول : فلدليل لاضرر(١) ولا يتوى(٢) والاقدام وغيرها بل وما يضمن بصحيحه .

وأمّا الثاني: فلانه بعد الفسخ لاحق عليه في التسعمائة وانكانت المسألة بحاجة الى التأمل، ولو كان الكفيل قيد الدين بمائةفي العقد فظهر الفاً لم يكن عليه الا الاحضار، أواعطاء المائة، لكن لايخفى ان الكفيل لوشرط في الكفالة كون الدين بقدر مائة فبان أكثر كان له حق الفسخ حسب الشرط ولا حق للمكفول له في الاخذ منه ولو بمقدار مائة .

(فرع ــ ١١ ــ) لوكان الكفيل يزعم انه قوي قادر على الاحضار فظهر انه كان ضعيفاً غيرقادر عليه أوزعم ان المكفول عنه ضعيف يقدر على احضاره فبان انه قوي لايقدر على احضاره، فانكان ذلك على نحو القيد بطل العقد، وان كان على نحو الشرط كان له حق الفسخ، وانكان على نحو الداعي كان العقد باقياً وعليه أماالاحضار وأما الخسارة .

(فرع ــ ١٢ ــ) لوتحول الكفيل القوي ضعيفاً، أوالمكفول عنه الضعيف

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب كتاب الشهادات ح ٥ .

قوياً أوالمال الذي يسوى قليلا يسوى كثيراً بسبب التضخم، فان كان على نحو الشرط أوالقيد، فكما فيالفرع السابق، وان كان على نحو الداعي بقيتالكفالة على حالها كماهو مقتضى القاعدة في الامور الثلاثة .

(فرع - ١٣ -) القوانين الوضعية الباطلة شرعاً كماهي الجارية الان في كافة بلاد الاسلام اذاكان الانسان مطلوباً بها فكفله الكفيل كانت الكفالة باطلة وليس لمثل هذه الكفالة من أثر شرعي كما ان الكفالة بذاتها لو كانت غير شرعية لفقد شرط ونحوه كمافي القوانين الوضعية الحاضرة ايضاً تكونالكفالة باطلة، ومن الفرع الثاني مالواجبرت الدولة انساناً على الكفالة بدون رضاه فكفل مكرهاً .

(فرع - ١٤ -) لوقال : اني اكفل المجيء به بكل سعيي واذا لماتمكن فلاشيء علي، أو اذا لم اتمكن أعطى نصف المبلغ أوثلثه اوربعه او ما أشبه، فهل يصح ؟ احتمالان، من انهمقتضى الشرط والمؤمنون عند شروطهم، وانه عقد عقلائي وان لميكن من الكفالة المعروفة ، ومن انه خلاف مقتضى العقد والشرط المخالف لمقتضىالعقد يوجب الفساد كماقرر في محله ، لكن لايبعد الصحة من باب انه عقد مستقل لميمنع عنه الشارع، ودليل الكفالة ليس مانعاً عن مثلذلك، وقد ذكرنا غيرمرةانالعقود المستحدثة صحيحة اذا لميمنع عنها الشارع كماقاله الجواهر والعروة وغيرهما .

(فرع - ١٥ -) اذاكفل احضاره عند الحاكم على نحو القيد فتغير الحاكم من العدالة الى الفسق بأن صار نفس الحاكم العادل فاسقاً أو فاقداً لبعض الشرائط الاخر، أوتبدل الحاكم من عادل الى فاسق، فالظاهر بطلان الكفالة لتعذر متعلقها، وانكانت المسألة بحاجة الى التأمل .

(فرع - ١٦ -) لولم يحضر الكفيل المكفول عنه في الوقت المقرر أو عند المطالبة في الكفالة المطلقة ، فالظاهر ان للمكفول له اذا لم يمكنه اجباره على ذلك ولو بالحبس عند الحاكم ونحوه الاخذ من مالـه مقاصة ، لانه اذا تعذر أحد الشقين بقى عليه أداء المال ، وحيث انه لايؤدي كان عليه المقاصة ، وهل المقاصة بحاجة الى اذن الحاكم الشرعي أو لا؟ احتمالان، وقدذكرناذلك في بعض المباحث المرتبطة بالمقاصة .

(فرع - ١٧ -) لوقال: اناكنت أحد الكفيلين كفلنا المكفول عنه معاً بأن نأتي به لا على سبيل استقلال كل واحد، بل على سبيل الانضمام (حيث يصح مثل ذلك) فالاصل معه، ولاحق للمكفول له عليه الا بالبينة أونكوله عن الحلف بموازين الدعوى ، والظاهر ان عليـه اذا لم يأتيا بـه نصف الدين ونحوه ، وكذلك اذا قال: أناكنت أحد الثلاثة أوأحد الاربعة فعليه الثلث أوالربع .

(فرع - ١٨ -) لو كفلـه مرتين الظاهر الصحة فيكون ككفيلين مستقلين لمكفول عنه واحد، فاذا جاء بـه مرة وهرب مثلا وجب عليه أن يأتي بـه مرة ثانية، وذلك لاطلاق ادلة الكفالة والعرفية سواء عقد العقدين بلفظ واحد، كما اذا قال: كفلته مرتين ، أوبلفظين، كما اذا قال: كفلته ، ثم قال بعد ذلك: وكفلته أيضاً كفالة ثانية .

(فرع - ١٩ -) الظاهر صحة الكفالة في أوقات خاصة، كما اذا كفله في أيام الجمعة مثلا فعليه أن يأتي به في يوم الجمعة لايوم السبت ونحوه .

(فرع - ٢٠ -) الظاهر انه تصح الكفالة متصلة بوقت الكفالة ومنفصلة ، كما اذاكفله بعد شهر، فانه لاحق على المكفول له عليه في هذا الشهر، وانما حقه يبتدء بعد شهر فهو مثل مسألة الاجارة لا مثل مسألة النكاح حيث لايصح الفصل .

(فرع - ٢١ -) الظاهر صحة الكفالـة مطلقة الى عشر سنوات في كل معاملة أوفي كل جنايـة أو فيهما معاً، وكذلك تصح الكفالـة في بعض الأمور دون بعض كأن يقول: أنا كفيله في جناياته الجسدية مثلا، لافي معاملاتـه أوفي معاملاته لافي جناياته، الى غيرذلك من صور التقييد .

(فرع - ٢٢ -) لو كفل ثم جن ثم طاب كانت الكفالة باقية ، لان الجنون في الوسط لادليل على انه مسقط للكفالـة ، فهو مثل سائر العقود الباقيـة بعد الجنون أيضاً، بل هي باقية حال الجنون، وانما لايصح أخذه بها، لان المجنون لاحكم عليه فليس معنى (رفع القلم عن المجنون حتى يستفيق) ان معاملاتـه من قبيل الكفالة والضمان والاجارة والرهن وغيرذلك تبطل في حال الجنون، وانّما يتولى وليّه شئونـه في حال الجنون ، والظاهر انـه ليس علـى ولي المجنون في الفرض الذي ذكرناه شيء، لان الولي ليس كفيلا، وانما الكفيل هو بنفسه، نعم لايبعد وجوب تنفيذ أحد شقي الكفالة عليه،والله سبحانه العالم .

قم المقدسة — **محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى**

كِتَابُ الصُّلْحِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الصلح

ويدل على شرعيته الادلة الاربعة :

أما من الكتاب : فقوله تعالى : ﴿وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضاً فلاجناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير ﴾.[1]

وقوله تعالى ﴿فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم ﴾.[2]

وقوله تعالى: ﴿ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ﴾[3]

وقوله تعالى : ﴿انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين اخويكم ﴾.[4]

وقوله تعالى : ﴿فان فائت فأصلحوا بينهما بالعدل ﴾.[5]

وقوله سبحانه ﴿أواصلاح بين الناس ﴾.[6]

وفي الوسائل والمستدرك عنونه بباب استحبابه ولو ببذل المال وان حلف على الترك ، واختياره على العبادات المندوبة .

---

(١) النساء : آية / ١٢٨ .

(٢) الأنفال : آية / ١ .

(٣) النساء : آية / ٣٥ .

(٤) الحجرات : آية / ١٠ .

(٥) الحجرات : آية / ٩ .

(٦) النساء : آية / ١١٤ .

فعن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام قال: لان أصلح بين اثنين أحب الي من ان أتصدق بدينارين [١].

وعن حبيب الاحول قال: سمعت أباعبد الله عليه الصلاة والسلام يقول: صدقة يحبها الله اصلاح بين الناس اذا تفاسدوا، وتقارب بينهم اذا تباعدوا [٢].

وعن المفضل قال أبو عبد الله عليه الصلاة والسلام: اذا رأيت بين اثنين من شيعتنا منازعة فافتدها من مالي [٣].

وعن أبي حنيفة سابق الحاج قال: مر بنا المفضل وأنا وختني نتشاجر في ميراث فوقف علينا ساعة، ثم قال: تعالوا الى المنزل فأتيناه فأصلح بيننا بأربعمائة درهم، فدفعها الينا من عنده حتى اذا استوثق كل واحد منا من صاحبه قال: أما انها ليست من مالي، ولكن أبا عبدالله عليه الصلاة والسلام أمرني اذا تنازع رجلان من أصحابنا في شيء ان أصلح بينهما وافتدى بها من ماله، فهذا من مال أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام [٤].

وعن اسحاق بن عمار، عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام في قول الله عزوجل: «ولاتجعلوا الله عرضة لايمانكم ان تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس» [٥] قال: اذا دعيت لصلح بين اثنين فلا تقل علي يمين ان لاأفعل [٦].

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٢ الباب ١ من أبواب الصلح ح ١.
(٢) الوسائل: ج ٣ ص ١٦٢ الباب ٢ من أبواب الصلح ح ٢.
(٣) الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٢ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٣.
(٤) الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٢ الباب ١ من أبواب الصلح.
(٥) الآية / ٢٢٤.
(٦) الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٥.

وعن أبي حمزة الثمالي ، عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام قال : كان أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام يقول : لان أصلح بين اثنين أحب الي من ان أتصدق بدينارين .قال: وقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم . اصلاح ذات البين أفضل من عامة الصلوة والصيام .(١)

وعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حديث: ومن مشى في صلح بين اثنين صلى عليه ملائكة الله حتى يرجع وأعطى ثواب ليلة القدر ، ومن مشى في قطيعة بين اثنين كان عليه من الوزر بقدر ما لمن أصلح بين اثنين من الاجر مكتوب عليه لعنة الله حتى يدخل النار فيضاعف له العذاب .(٢)

وعن الديلمي قال: قال عليه الصلاة والسلام: ما عمل رجل عملا بعد اقامة الفرائض خيرا من اصلاح بين الناس يقول خيرا أو يتمنى خيراً .(٣)

وفي نهج البلاغة : قال أمير المؤمنين عليه الصلوة والسلام في وصيته عند وفاته للحسن والحسين عليهما السلام : أوصيكما وجميع والدي وأهلي ومن بلغه كتابي بتقوى الله ونظم امركم وصلاح ذات بينكم ، فان جدكما رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : صلاح ذات البين أفضل من عامة الصلاة والصيام .(٤)

وعن زين العابدين والباقر عليهما الصلاة والسلام ، انهما ذكرا وصية علي عليه السلام الى ان قالا: قال عليه السلام : وأوصيك ياحسن وجميع من حضرني وشيعتي بتقوى الله ، ولاتموتن الا وانتم مسلمون ، واعتصموا بحبل الله جميعاً ولاتفرقوا،

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٧ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٨ .
(٤) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح ١ .

فاني سمعت رسول‌الله صلى الله عليه وآله يقول : صلاح ذات البين أفضل من عامة الصلاة والصيام.(١)

وعن حماد ،عن الصادق عليه الصلاة والسلام قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن لقمان وحكمته التي‌ذكرهاالله عزوجل قال :اما والله ما أوتي لقمان‌الحكمة بحسب ولا مال ولاأهل ولا بسط في جسم ولاجمال ، ولكنه كان رجلا قويا (الى ان قال:)ولايمر برجلين يختصمان أويقتتلان الاأصلح بينهما ، ولم يمض عنهما حتى تحاجزا .(٢)

وعن سليم بن قيس الهلالي قال : شهدت وصية أميرالمؤمنين عليه‌الصلوة والسلام حين أوصى الى ابنه الحسن عليه السلام وساق‌الوصية ، وفيها : فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: اصلاح ذات البين‌أفضل من عامة الصلاة والصيام ،وان البغضة حالقة للدين وفساد ذات البين ولا قوة الا بالله .(٣) الى آخر الوصية .

وفي النبوي المروي من طرق العامة والخاصة ، قال صلى الله عليه وآله : الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراماً أوحرم حلالا .(٤)

وفي خبر حفص بن البختري ، عن أبي عبدالله عليه السلام : الصلح جائز بين المسلمين .(٥)

وفي خبر آخر ، عنه عليه الصلاة والسلام ايضاً : في الرجل يكون عليه

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٣ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٣ .
(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٤ .
(٤) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ١ .

الشيء فيصالح ؟ فقال : اذاكان بطيبة نفس من صاحبه فلابأس .[١]

وفي رواية ثالثة، عنه عليه الصلاة والسلام ايضاً: سألناه عن الرجل يكون عنده مال لايتام فلايعطيهم حتى يهلكوا فيأتيه وارثهم ووكيلهم فيصالحه على ان يأخذ بعضاً ويدع بعضاً ويبرئه مماكان عليه أيبرء منه ؟ قال عليه السلام : نعم .[٢]

ولايخفى ان بعض الايات والروايات المذكورة لادلالة فيها على الموضوع الذي نحن بصدده .

وأما الاجماع : ففي مفتاح الكرامة أجمعت الامة على جواز الصلح في الجملة ، ولم يقع بين العلماء خلاف فيه كما في التذكرة والمهذب البارع وعليه اجماع المسلمين كما في المبسوط والسرائر واجماع العلماء كافة كما في التحرير قد نقل عليه اجماعنا في عدة مواضع ، ونفى عنه الخلاف بيننا .

وأما العقل: فهو واضح ، فان العقلاء لايزالون من قبل الاسلام الى اليوم يتصالحون بينهم في المنازعات وغيرها ، سواء كان الحق ثابتاً أو كان الحق محتملا، وسواء في المعاملات أو في مثل النكاح وغيره بالصلح بالزواج ، أو الطلاق ، وحيث انه في سلسلة العلل ، وبضميمة كل مادل عليه العقل ودل عليه الشرع يدل على انه مشروع أيضاً ، وقد يضاف على ذلك الضرورة والسيرة ونحوهما .

ثم ان الشرائع تبعاً لغيره وتبعه غيره قال: وهو عقد شرع لقطع التجاذب .

وفي الجواهر: والتنازع بين المتخاصمين الا ان ذلك فيه من الحكم التي اطرادها مثل المشقة في حكمة القصر ونقصان القيمة في الرد بالعين واستبراء

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٧ الباب ٦ من أبواب الصلح ح ١ .

الرحم للعدة وغيرها من الحكم التي لاتقتضي تخصيصاً أو تقييداً لعموم الدليل أواطلاقه المقتضي ثبوت الحكم في غيرمحلها ، فضلا عن خصوص الادلة من السنة المستفيضة أو المتواترة والاجماع بقسميه كما هو واضح ـ انتهى .

والظاهرانه محل نظر،اذالصلح من مادة صلح وصلح في قبال عدم الصلاح، والصلاح يطلق فيما اذا كان هنالك نزاع سابق أونزاع لاحق ، كما انه يطلق فيما اذا كان ملائمة للشيء ، ولذا يقال : يصلح هذا الباب لهذه الدار ، وليس ذلك خروجاً عن معناه اللغوي ، فكونه عقداً شرع لقطع التجاذب غير ظاهر، وان ذكره غير واحد، وقد ذكرنا مكرراًان المادة الواحدة في الصيغ المتعددة تدل على وحدة المعنى الجامع لكل تلك الصيغ .

نعم التجاذب سواءكان سابقاً على العقد أولاحقاً على العقد أيضاًمن مصاديق الصلح ، لا انه المصداق الوحيد حتى يقال بأن ذلك حكمة كما في الجواهر وغيره ، ومنه قوله سبحانه : ﴿ يدخلونها ومن صلح من آبائهم ﴾ .[1]

وما ورد من الحديث القدسي : ان من عبادي المؤمنين من لا يصلحه الا الفاقة ولواغنيته لافسده ذلك،وان من عبادي من لايصلحه الا الصحة ولوأمرضته لافسده ذلك .[2]

وفي رواية اخرى،عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله قال الله تبارك وتعالى : ان من عبادي المؤمنين لعباداً لا يصلح لهم أمر دينهم الا بالفاقة

---

(١) الرعد : آية / ٢٣ .

(٢) التوحيد : ص ٤٠٠ ح ١ .

والمسكنة والسقم في أبدانهم[١]. ومنه يؤخذ قولهم العبدالصالح .

الى غيرذلك من الشواهد على ان الصلح ليس ملازماً في مفهومه للتجاذب سابقاً أو لاحقا .

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك حيث قال : الاصل في الصلح انه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين ، قال الله تعالى : ﴿ وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فـلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا ﴾[٢].

وقال الله تعالى ﴿ وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ﴾[٣].

لكنه عندنا قد صار عقداً مستقلا بنفسه لايتوقف على سبق خصومة ، بل لو وقع ابتداءاً على عين بعوض معلوم كان كالبيع في افادة نقل الملك وعلى منفعة كان كالاجارة ، الى غيرذلك من أحكامه ، لاطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومة ، كقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : الصلح جائزبين المسلمين الاصلحا أحل حراماً أوحرم حلالا[٤].

وقول الصادق عليه السلام : الصلح جائز بين الناس[٥]، والاصل في العقود الصحة وللامر بالوفاء بها[٦]، وهذا من الجملة ـ انتهى .

---

(١) الكافي : ج ٢ ص ٦٠ باب الرضا بالقضاء ح ٤ .
(٢) النساء : آية / ١٢٨ .
(٣) الحجرات : آية / ٩ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ١ .
(٦) المائدة : آية / ١ .

فان الاستشهاد بالايتين المباركتين استدلال بالاخص على الاعم، فان الصلح بين النفرين بعد التنازع كاحتمال التنازع في الصلح السابق عليه ليس مقيداً لمفهوم الصلح حتى نحتاج الى ادعاء الاجماع ، وغير ذلك لجوازه في غير موارد التنازع سابقاً أولاحقاً .

وبذلك علم ايضا وجه النظر في قول مفتاح الكرامة حيث قال : ان الادلة الدالة على ثبوت الصلح على نحوين أحدهما مادل على انه موضوع لقطع التنازع من دون ان يدل على انحصاره فيه كقوله جل شأنه ﴿وان امرأة خافت﴾(١) الاية، والثاني: مادل باطلاقه على جوازه مطلقاً كالاجماعات والنبوي وحسنة البختري أوصحيحته - انتهى .

اذ فيه ان الاول من القسم الثاني، لا انه قسم برأسه حتى يقابل به وهما من قبيل الكلي وفرده ، لامن قبيل المتقابلين .

وبذلك ظهر ايضاً وجه الاشكال فيما عن فخر الاسلام والفاضل المقداد وغيرهما من ان الفقهاء اشاروا بهذا التعريف على ان الغرض الاقصى منه غالبا رفع الخصومة ، سواء تقدمت أم لا؟ حيث يقدر انه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين ، فان النزاع يحصل غالباً لولا عقد الصلح .

ثم ان الشرائع قال: وليس فرعاً على غيره ،وان أفاد فائدته ، وفي القواعد : وهو أصل في نفسه ليس فرعا على غيره . وان أفاد فائدته . وفي مفتاح الكرامة قال في التذكرة : الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعاً على غيره ، بل أصل في نفسه منفرد في حكمه ، ولايتبع غيره ، وجعله في السرائر

---

(١) النساء : آية / ١٢٨ .

مذهب أهل البيت عليهم السلام، وظاهره الاجماع كما ان الاجماع ظاهر شرح الارشاد لفخر الاسلام والمفاتيح، وفي مجمع البرهان كأن ما نسب الى المبسوط نقله عن العامة لامذهبا له ، والا لما ادعى في التذكرة الاجماع من دون نقل خلاف ، وممن صرح فيه باصالته وعدم فرعيته أصحاب الشرائع والتحرير والمختلف واللمعة والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وايضاح النافع والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو ظاهر الباقين- انتهى .

أقول : ولعلهم انما ادعوا الاجماع مع احتمال ذهاب المبسوط الى كونه فرعا لقوله المحكي بعدان نقل اجماع المسلمين على جوازه مانصه : فالصلح ليس بأصل في نفسه ، وانما هو فرع لغيره، لقول المبسوط في مقام آخر (حيث ذكر مقالة الشافعي) ويقوى في نفسي أن يكون هذا الصلح اصلا قائماً في نفسه ولايكون فرع البيع ، ولايحتاج الى شرائط البيع واعتبار اختيار المجلس على ما بيناه فيما مضى- انتهى .

فان الجمع بين العبارتين المتقدمتين يعطي ان كونه فرعا انما هو نقل كلام، أو انه أراد ان الصلح يعطي فوائد تلك الاصول والتي ذكرها نفس المبسوط بقوله : احيانا يكون فرع البيع أو فرع الابراء أو فرع الاجارة أو فرع العارية أو فرع الهبة ، لانه أراد الفرعية بأن يكون الصلح الذي يفيد فائدة البيع بيعا والصلح الذي يفيد فائدة الابراء ابراءاً ، والصلح الذي يفيد فائدة الاجارة اجارة ، وهكذا في العارية والهبة وغيرها ، ولذا قال في مفتاح الكرامة : ولا يعجبني ما في المختلف والروضة من ان كونه أصلا هو الاشهر، ويؤيدان الشيخ في المبسوط يراه اصلا لافرعاً أنه في مورد نقل عن أبي حنيفة كونه فرعا قال: انا بينا ان الصلح ليس ببيع وانه عقد قائم بنفسه .

وفي الجواهر بعد الاستدلال على اصالة الصلح لافرعيته بالاجماع قال : مضافاً الى ظهور الادلة السابقة أو صريحها في عدم فرعيته ، بل بعض موارده المصرحة بها في بعض النصوص لايصلح لان يكون فرعاً لغيره على ان افادة عقد مفاد آخر لايقتضي الاتحادمعه على وجهتلحقه أحكامه ، والالاقتضى اتحاد الهبة مثلا بعوض معلوم مع البيع وهو واضح البطلان ، فأن الاحكام الشرعية تتبع عناوينها فكل حكم ثبتلموضوع خاص منها لايثبتلغيره من تلكالحيثية ـ انتهى .

وعلى أي حال ، فمقتضي القاعدة أنكل مورد فيه صلح عرفي ولم يمنع عنه الشارع يصح عقد الصلح فيه للادلة الشاملة لكل موضوع عرفي ، فان المواضيع مأخوذة من العرف ، ولذا اذا لم يصح عقد لخصوصية لايلزم ان لايصح الصلح ، مثلا : في البيع الامر يحتاج الى العلم ، وليس كذلك في الصلح .

وقد ذكرنا في بعضمباحث (الفقه) دفع الاشكال في انه اذا صح أمربعقد دون عقد يلزم لغوية فائدة اشتراط الشرط في العقد الذي لايصح ، وقلنا : انه عقلائي ، وفيه فوائد والالزم ان يقال : انه ان صح اللمس بالنكاح لزم صحته بالرضا بدونه والافأي تأثير للفظ، الى غيره من النقض والحل، فلاحاجة الى تكراره .

ثم الصلح عقد وليس بايقاع لانه يلزم أن يكون بين الطرفين فليس مثل العتق، وحتى الصلح في الابراء يجب أنيكون بموافقة الطرفين والا لم يكن صلحاً لعدم تحقق مفهوم الصلح بدون الطرفين ، لكن هنا يمكن ان يقال : لا حاجة الى كون العقد من طرف ايجاباً ومن الطرف الاخر قبولا ، بل يصحأن

يكون من كلا الطرفين على نسق واحد كالتفاتل والتصافح .

نعم المشهور بينهم هو الاحتياج الى الايجاب والقبول ، وقد ذكرنا في (كتاب النكاح) بحثاً مماثلا لذلك .

ولايحتاج الى اللفظ والعربية وغير ذلك بل يصح بالمعاطات لما ذكروه في بحث المعاطات من صحتها في كل العقود الا ما استثنى كالنكاح مثلا.

كمالايصح الصلح في مثل النكاح والطلاق ممايحتاج الى كيفية خاصة بمقتضى الادلة .

(مسألة ـ١ـ) قال في الشرائع : ويصح مع الاقرار والانكار. وفي الجواهر: الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى العمومات ، وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ويصح مع الاقرار والانكار) اجماعاً كما في المسالك وظاهر جامع المقاصد والروضة والكفاية ، سواء كان المدعى به ديناً أو عيناً عند علمائنا أجمع كما في التذكرة وهو من خواصنا ومتفردات الامامية ، لان الحنفي لايجوزه الا مع الانكار والشافعي لايجوزه الا مع الاقرار كما في كشف الرموز وايضاح النافع والتنقيح والاجماع على جوازه مع الانكار صريح الغنية وظاهر الخلاف ـ انتهى .

ثم الظاهر ان حكم الصلح مع المبطل انما يكون صحيحاً بحسب ظاهر الشرع أما بحسب الواقع فالمبطل العامد آكل للمال بالباطل، ويدل على ذلك بالاضافة الى القاعدة بعض الروايات .

مثل ما رواه عمر بن يزيد ، عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام قال : اذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي أخذ الورثة لهم وما بقي فللميت حتى يستوفي منه في الاخرة،وان هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به .(١)

وما رواه علي بن أبي حمزة قال : قلت لابي الحسن عليه الصلاة والسلام رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم مات فهل لي ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كيف وكم كان ؟ قال : لايجوز حتى تخبرهم .(٢)

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٦ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٦ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٣ .

نعم الظاهر صحة الصلح واقعاً وظاهراً اذا كان بملاء الرضا ، بمعنى ان يكون الشخص المستحق للاكثر مبرئاً لذمة الاكل واقعاً وبرضا قلبه ، فان ذلك جائز بدون الصلح فكيف معه .

ويؤيده ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام والحلبي عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام ، انهما قالا في الرجل يكون عليه الدين الى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول : انقدني من الذي لي كذا وكذا ، واضع لك بقيته أو يقول : انقدني بعضاً وامد لك في الاجل فيما بقي عليك قال : لا أرى به بأساً مالم يزدد على رأس ماله شيئاً يقول الله: ﴿لكم رئوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾.[1]

وعن أبان ، عمن حدثه ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الاجل عجل لي النصف من حقي على ان أضع عنك النصف أيحل ذلك لواحد منهما ؟ قال عليه الصلاة والسلام : نعم .[2]

وفي رواية الدعائم، عن الصادق عليه الصلاة والسلام، انه سأل عن الرجل يكون له على الرجل الدين الى اجل فيأتي غريمه فيقول : عجل لي كذا وكذا وأضع عنك بقيته أو امد لك في الاجل؟ قال :لابأس به ان هولم يزد على رأس ماله.[3]

وعن ابن أبي جمهور ، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال لكعب

---

(١) البقرة : الآية / ٢٧٩ . والوسائل : ج ١٣ ص ١٦٨ الباب ٧ ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٨ الباب ٧ من أبواب الصلح ح ٢ .
(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢ .

بن مالك وقد تقاضى غريماً له : اترك الشطر واتبعه ببقيته فخذه .[١]

ولذا يلزم ان يحمل قول من يقول بالبطلان على ما اذا لم يحصل الرضا النفسي ، ومن هذه الجهة قيده الجواهر بذلك قال : المراد من الصحة مع الانكار الظاهرية بمعنى انه يجري عليه حكم الصحة ظاهراً لا في نفس الامر فان ادعى ديناً أو عيناً أو منفعة مثلا وأنكره المدعى عليه ان كان محقاً لم يصح للمنكر مابقى له من مال المدعى ، سواء كان من الجنس أم لا ؟ وسواء عرف المالك قدر الحق أم لا ؟ وسواء ابتدء هو بطلب الصلح عن حقه أم لا ؟ لانه ربما كان توصل الى اخذ بعض حقه بل لو فرض انه صالحه عن العين مثلا بمال فهي بأجمعها حرام ، ولا يستثنى له مقدار مادفع اليه من العوض لفساد المعاوضة في نفس الامر الا ان يفرض رضا المدعى باطنا بالصلح عن جميع ماله في الواقع بذلك ـ انتهى .

فانما ذكره من الرضا لافرق فيه بين كون الشيء عيناً أو ديناً أو حقاً أو منفعة ، بل لعل ما ذكره الجواهر من التفصيل هو ظاهر كلام غيره ايضاً ولو بالانسباق ، مثلا في مفتاح الكرامة قال: لو كان قد صالح منكر الحق على العين بمال آخر فهي بأجمعها مغصوبة ،ولا يستثنى له مقدار مادفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر .

وكذا لو انعكس وكان المدعى مبطلا في نفس الامر لم يستبح ماصولح به من عين أو دين ، لان هذا كله اكل مال بالباطل ، وانما صالح المحق المبطل دفعا لدعواه الكاذبة ، وقد يكون استدفع بالصلح ضرراً عن نفسه أو ماله، وقد عد ذلك من صور الاكراه على الصلح كما يأتي، ومثل هذا لا يعد تراضياً يبيح أكل مال الغير كما نبه على ذلك في المسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض الى آخر كلامه .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢ .

فان قوله : مثل هذا ، لايعد تراضياً مفهومه انه اذا كان تراضياً واقعياً صح الاكل ولم يكن من الاكل بالباطل ، واما انه كيف يرضى الذي له الحـق من الجانب الاخر الذي يريد اكل ماله ؟ فان الدواعي مختلفة ، ويمكن أن يكون داعي صاحب الحق بحيث يوجب رضاه قلباً بأكله لماله .

ومما تقدم من بطلان الصلح في صورة علم المبطل بأنه مبطل يعلم صحته اذا كان جاهلا ، وان كان الواقع لايخلو عن كون احدهما مبطلا، ولذا قال في المسالك : لو كانت الدعوى مستندة الى قرينة تجوزها كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان له حقاً على أحد أو يشهد له من لايثبت بشهادته الحق ولـم يكـن المدعى عالماً بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطهـا بمال أو على قطع المنازعة، فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر ، لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ، ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيـث يتوجه اليمين على المنكر ولايمكن ردها .

وفي جامع المقاصد اختار ذلك حيث قال: ليس بعيداً من الصواب صحته ظاهراً ، وما في نفس الامر تابع لصحة الدعوى وعدمها ، ويحتمـل الصحـة مطلقاً ، لان اليمين حق فيصح الصلح لاسقاطها ، بل وأيدهما الجواهر أخيراً وان ناقش اولا حيث قال : قد يناقش في الصحة ظاهراً فـي الاول بأنها غيـر متصورة بعد القطع بكون أحدهما مبطلا ، سواء كان المدعى أو المنكر والفرض كفايته في الفساد في نفس الامر ، فكيف يجامع الحكم بالصحة في ظاهر الشرع؟ اللهم الا ان يدعي ان مبنى شرعية الصلح على ذلك فيحكم حينئذ بالصحة عليه ظاهراً مادام الواقع مشتبهاً ولم يعلم المبطل منهما بعينه فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض، كما انه لايجوز للمصالح بالكسر الدعوى

بما وقع الصلح عنه ، وان كان هذا الصلح لايبيح للمبطل منهما الشيء في نفس الامر، ولذا لو انكشف الحال بعد الصلح باقرار عمل عليه حكم بفساد الصلح في الظاهر ايضاً ـ انتهى .

ومنه يعلم ، ان تأمله بل ميله الى الاشكال غير ظاهر الوجه ، ولذا يصح لثالث المعاملة معهما مع علمه بأن أحدهما مبطل ، وكذاك الحاكم الشرعي الذي يعلم بأن أحدهما مبطل كيف يصالح بينهما بذاك، أليس ذلك من الحكم بالباطل ان لم نقل بصحة الصلح، بل يمكن ان يقال انه لو كشف بعد ذلك كونه مبطلا لايجب عليه ارجاع الحق الى صاحبه ، وكذلك لايجوز للمصالح بالكسر الذي يعلم مبطلية الطرف ان يتقاص من ماله ، وهكذا اذا علم الورثة ببطلان مورثهم لايجب عليهم الدفع ، فان المصالح اذا لم يكن يعلم بكونه مبطلا وصالح كان له ذاك وانكشاف انه لم يكن له المال لايوجب الكشف عن انه لم يكن له حق الدعوى ، أوحق الحلف، فان الجهل أوجب له الحق ، واذا كان له الحق فقد صالحه .

ثم ان الصلح اذا كان على عدم المنازعة، أوعلى عدم الحلف، فالمال في الواقع لمن ترك المنازعة والحلف ، فاذا تبين لثالث أو ورثته أو ما اشبه ذلك فلايلزم ان يرد المال لمالكه لانه رفع يده عن حقه في قبال ما أخذ فله المال اما اذا كان الصلح على المال والحق كليهما فتبين عدم حقه لزم عليه رد المال على مالكه كلا أو بعضاً لان الصلح ام يكن في قباله شيء في الاول وفي قبال بعضه شيء في الثاني .

ومما ذكرناه يظهر وجه النظر في قول الجواهر أخيراً: اللهم الا ان يدعى ظهور الامر بعد ذلك لاينافي ثبوت الحق وقت الصلح الذي وقع على اسقاطه

وهو كاف في الصحة في نفس الامر ، وان انكشف الحال بعدذلك ، ولكنه كما ترى على انه لايتم فيما لوفرض انكشاف الحال بصحة دعوى المدعى ، فان المال حينئذفي يد المنكر باق على ملك المدعي الذي قد صولح علىاسقاط ماله من حق اليمين ولم يحصل منه مايقتضى انتقال المال الى المنكر ، لان الفرض عدم حصول الرضا منه بالمعاوضة عليه ـ انتهى .

ومما تقدم يعرف فروع التحالف واقامة البينة أو البينتين من الجانبين ، وكذلك الاقرار من جانب أو من الجانبين ، فان في كل هذه الموارد اذا صار الصلحفالصلح له أقسام، قسمأحدهما يعلمببطلانه، وقسملايعلم أحدهمابالبطلان ويكون الصلح لا على المال ، وقسم يكون الصلح على المال وقسم يكون الصلح علىالمال والحق ، وهكذا يكون الحال فيحكم الحاكم الذي استند الى علمه أو الى القرائن ، فانكل هذه الامور لايوجب تغيير الواقع ، وانما بغير الواقع بسبب الصلح على ما عرفت ، ومن قبيل الحلف القسمة في باب الديات .

أما اذاكان أحد الطرفين شاكا وكانت له البينة فله الحق في الادعاء ، لان البينة مستند يصح الاستناد اليه من المتيقن ومن الشاك، أما الحلف فلا يحق له ان يحلف علىالقطع وهو شاك، ولو أقر عن اعتقاد بأن المال لزيد، لكن زيد المقرله شاك في ان المال له، فهو يصح أن يصالح على المال ، واذا ثبت بعد ذلك ان المال له اوليس لهكان على ماذكرناه من التفصيل ، اذ قد تقدم ان تبين الخلاف غير ضار احياناً وضار احياناً مطلقاً أو في الجملة .

ولوعلم احدهما بأن الحق معه وان الطرف الاخر مبطل وصالح باكراه أوصالح على المالكان له حق المقاصة للاصل بعد عدم ورود مايرد عليه .

واذا صالح الولي وبعد ان رشد المولى عليه بالبلوغ أو العقل أو ماأشبه، علم بأنه لم يصالح حسب الموازين فله حق الفسخ أو الاجازة .

أما انه اذا علم انه صالح حسب الموازين ، وانكان في نظر المولى عليه انهكان الامر على خلاف الواقع ، فلاحق له في الفسخ لما ذكرناه في بعض مباحث[الفقه] بأن الولي كالوكيل ونحوهما، انما عليه ان يعمل حسب الموازين العرفية لاحسب الموازين الواقعية .

ثم ان الشرائع استثنى من جواز الصلح ماذكره بقوله: الاماأحل حراماً، أو حرم حلالا[1] ، ولايخفى ان هذا الاستثناء مورد النص والفتوى ، وقد تقدم بعض النصوص في ذلك ، وفي مفتاح الكرامة نقل على هذا اجماع المسلمين فيالمبسوط والسرائر واجماع العلماءكافة في التحريروالاجماع في الغنية وبه طفحت عباراتهم وهذا الاستثناء معتبر في جواز جميع العقود ، بل يعتبر في جميع الأمور الجائزة عدم اشتمالها على حرام ، ولعلهم انما يذكرونه في الصلح وخيار الاشتراط لوجوده فيالاخبارفيهما- انتهى.

وقد مثلوا على ذلك بالصلح على استرقاق حرأو استباحة بضع أو الصلح على خمر أو على خنزير أو ماأشبه ذلك ،كما انهم مثلوا لتحريم الحلال بالصلح بأن لايطاء أحدهما حليلته أو لاينتفع بماله ، ومرادهم بأن لايطاء حليلته التشريع لا الترك ، والا فكل مباح يجوز أن يجعله الانسان على نفسه واجباً أو حراماً ،كأن ينذر بترك شرب الماء أو فعل شربه ، أو ان ينذر ان يطاء زوجته في هذه الليلة ، أو ان يترك وطيها ، سواء في المستحب أو المكروه

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٤ الباب ٣ من أبواب أحكام الصلح ح ٢ .

أو المباح ، وحيث ان تحقيق هذه المسألة في بحث المكاسب عند الشروط المحللة والمحرمة لانسهب في الكلام حوله الان .

ثم انه من الصلح غير الجائز ما اذا اختلفا في امرأة فكل واحد منهما يقول هذه زوجتي ، معتقداً انها زوجته فيتصالحان على رفع أحدهما يده عنها ، أو رفع كليهما اليد عنها ، فان هذا الصلح لايصح ، لانه محلل للحرام ، ومحرم للحلال ، الان يصالحا على أن يطلقه أحدهما وينكحه الاخر مثلا أو يصالحا على أن يطلقها كل واحد منهما وبعد ذلك يأخذها أحدهما أو غيرهما ، فان هذا الصلح جائز .

أما اذا علم أحدهما ان الاخر مبطل قطعاً فصالح على طلاقها فقط لايجوز له ذلك اذ انه يعلم انه اذا طلقها وانقضت عدتها أخذها الاخر بدون نكاح وهو يعلم ان أخذها بدون نكاح حرام فصلحه سبب للحرام .

وكما يجب أن لايكون الصلح بنفسه حراماً يلزم ان لايكون مقدمة للحرام على القول بحرمة مقدمة الحرام ، بل يمكن أن يقال هنا انه حرام مطلقاً ،سواء على ذلك القول أو عدمه ، لانه من التعاون على الاثم ، فاللازم أن يكون الصلح على ان يطلقه هو وبعد ذلك ينكحه الاخر حتى لايكون سبباً للتعاون على الاثم ومثل الاختلاف في الزوجة في عدم جواز الصلح على ماذكرناه ماكان الاختلاف على وقف ، فكل واحد يقول هذا وقف علي وعلى أولادي مثلا ، معتقداً ذلك فانه لايصح الصلح بينهما ،اذ كل واحد منهما يعلم انه باطل الا اذا رأى أحدهما ان البقاء يوجب سفك الدماء وهدر الاموال حيث يجوز بيع الوقف ، فان الصلح حينئذ جائز ويأخذ بدله ليستعمله في وقف مشابه ايضاً على التفصيل الذي ذكروه في باب الوقف ، وذلك لان مناط البيع موجود في الصلح ايضاً ،فكما

يجوز بيع الوقف في موارده يجوز الصلح عليه .

وكذلك لايصح الصلح فيما اذا تنازعا في الولد انه لايهما ، وذلك لان الصلح يوجب خروج الولد عن النبوة ودخوله فيها بالنسبة الى من صالح على أن يخرجه ومن صالح على ان يدخله ، كما لايصح لهما الصلح على اخراجه من ولديتهما أو ادخاله في ولديتهما معاً بأن يكون محرماً مع زوجة كل واحد وابناً لكل واحد يرثه ويورثه ، الى غير ذلك من آثار البنوة.

وكذلك بالنسبة الى النزاع في الاخ ونحوه من سائر الارحام والاقرباء مما فيه المحذور المتقدم في الولد .

وكذلك فيما اذا اختلفت اختان أو ام وبنت في زوجية رجل ، الى غير ذلك من الامثلة .

نعم في كل هذه الموارد يصح لمن يعلم انه زوجته أو وقفه أو ولده أوما أشبه أن يصالح بأن يعطي الطرف شيئاً لانقاذ حقه ، فهو صلح ظاهري ،وليس بواقعي الا أن يكون للطرف حق الحلف أو المنازعة أوما أشبه ، حيث يكون الصلح واقعياً على ما عرفت في البحث السابق .

ومماتقدم يعلم ان الصلح الباطل هو الصلح الذي غيّر حكما من الاحكام ، سواء كان تحليلا للحرام أو تحريماً للحلال أو جعل المكروه أو المستحب غير مكروه أوغير مستحب أوالمباح غير مباح لوحدة الملاك في الجميع.

واذا شرط في الصلح مثل ذلك فالشرط فاسد ولا يسري الى الصلح لما حقق في محله من ان الشرط الفاسد ليس مفسداً، نعم اذا كان على نحو المصب أو على نحو القيد فسد الصلح ايضاً ، لان المقيد عدم عند عدم قيده ، وكذلك فيما اذاكان مصب الصلح على نحو ذلك .

وكذلك لايصح الصلح الذي يريد جعل السبب المخترع لحكم ما ، بينما الشارع لم يجعل ذلك السبب سبباً لذلك الحكم ، كما اذا تصالحا على ان تكون بنته زوجة لزيد ، سواء كانت هي طرف الصلح أم لا ؟ (بدون عقد النكاح) أوان زوجته طالق بسبب الصلح أوان غير الوارث يرث أوان الوارث لايرث الى غير ذلك من الامثلة، فان الشارع جعل لهذه الامور أسباباً خاصة لاوصول اليها الا بها فالصلح الذي يريدان يخترع بدلا عن الاسباب الشرعية غير صحيح لانه رجع الى تحليل الحرام وتحريم الحلال حتى على القول بوجود الاحكام الوضعية.

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في الشرائع : وكذا يصح (اي الصلح) مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ومع جهالتهما به.

وفي الجواهر : بلاخلاف فيه في الجملة ، بل في المسالك وغيرها الاجماع عليه ، وذلك لان مع علمهما كل واحد منهما يعلم قدر الحق ويتجاز الذى له الاكثر عن حقه ، كما ان مع جهلهما كل واحد يصالح عن الواقع الذي للطرف عليه ، فهو مقتضى تسلط الناس على أنفسهم وسائر الادلة العامة .

بل والنصوص كالصحيح عن الباقر والصادق عليهما السلام، انهما قالا في رجلين لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لايدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه؟ فقال : كل واحد منهما لصاحبه لك ماعندك ولي ما عندي؟ فقال عليه السلام : لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت به انفسهما .(١)

ومثله موثق الحلبي، عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام في الرجل يكون عليه الشيء فيتصالح فقال : اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس .(٢)

ولايخفى ان الظاهر من الخبرين الصلح لاالابراء ، ولذا قال في الجواهر : والمناقشة باحتمال كون مضمونهما الابراء لاالصلح يدفعها فهم الاصحاب ذلك منهما، وظهور ارادة المعاوضة فيهما ، وليست حينئذ الا الصلح فلا اشكال حينئذ في الدلالة على المطلوب على ان الحاجة ماسة الى تحصيل البرائة مع الجهل، ولا وجه الا الصلح ـ انتهى .

ومنه يعلم صورة ما اذا علما كلاهما بقدر المال تقريباً لا تحقيقاً ، كما اذا

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٥ الباب ٥ من أبواب الصلح ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح ٣ .

علما ان زيداً يطلب من عمرو فوق عشرة ، وان عمرواً يطلب من زيد دون عشرة فيتصالحان على العشرة مثلا أو الاكثر أو الاقل ، فان ذلك داخل ايضاً في علمهما علماً اجمالياً ، وان كان ظاهر المسألتين السابقتين العلم التفصيلي والجهل التفصيلي ، فاطلاق الادلة والعرفية وغيرهما شامل لهذه الصورة الثالثة ايضاً .

نعم قد تقدم في خبر علي بن أبي حمزة في مسألة اليهودي مادل على انه لايصح الصلح مع علم أحدهما وجهل الاخر[١] ، بل لابد من الاعلام بالقدر ان كان الجاهل المستحق الا اذا فرض رضاه الباطني على كل حال، فانه يصح لقاعدة تسلط الناس على أموالهم[٢] .

وللصحيح عن الصادق عليه الصلاة والسلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح ؟ فقال : اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس[٣] .

ثم الظاهر ان قول المحقق مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه من باب المثال فلا حاجة الى المنازعة ، اذ اطلاق أدلة الصلح شامل لعدم المنازعة كما اذا علم زيد انه يطلب عمرواً شاتاً وعلم عمرو أنه يطلب زيداً بقرة فيتصالحان على ان يعطي هذا لهذا شيئاً أو أن يكون كل واحد بريئاً عن شيء في ذمته للاخر، سواء عرفا القيمتين أو جهلا القيمتين أو علما قيمة أحدهما دون الاخر على التفصيل الذي ذكرناه ، ولذا قال الجواهر : ان الحكم المزبور يأتي في مطلق التصالح وان لم تكن منازعة مع علمهما وجهلهما كوارث تعذر علمه بمقدار حصته وشريك امتزج ماله بمال الاخر بحيث لاتمييز ولا يعلمان قدر مال الكل منهما ونحو ذلك .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح ٢ .
(٢) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح ٣ .

بل في المسالك : ولو كان جهلهما بالقدر لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة الى نقل الملك ، فالاقرب الجواز وهو خيرة الدروس ـ انتهى .

والظاهر صحة الصلح ، وان لم يعرفا القدر والجنس ، بل كان كل واحد منهما مجهولا عند الاخر جهلا مطلقاً ، كما اذا كان في كف هذا شيء وفي كف الاخر شيء فتصالحا ، لان يكون ما في كف كل واحد منهما للاخر ، لكن يجب أن لا يكون هناك غرر ، لان الغرر يدخل في الصلح ايضاً ، وان كان فرق بين الغرر في الصلح والغرر في البيع ونحوه ، حيث يفرق العرف بينهما ، فان الصلح مبني على المسامحة ، بخلاف البيع ونحوه . ولذا قال في الجواهر : بل في التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدراً ولا جنساً ، بل يصح الصلح ، سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه ـ انتهى .

فاذا كان في يد أحدهما دينار وفي يد الاخر درهم وكل واحد منهما يحتمل أمثال هذه المقادير وتصالحا على ذلك صح الصلح ، أما اذا كان في يد أحدهما جوهرة تسوى مائة ، وفي يد الاخر دينار وتصالحا ولا يزعم أحدهما هذا التفاوت بين الامرين أو يعلم من في يده الجوهر دون من في يده الدينار أو بالعكس بما يعد في العرف غرراً ، فانه لا يصح ذلك لاطلاق نهي النبي ﷺ عن الغرر.[1]

ثم انه لا فرق بين أن يكون ما تنازعا عليه مقدمة على الصلح أو الصلح بدون التنازع ديناً أو عيناً أو حقاً أو منفعة ، لاطلاق الادلة في الجميع فيصح الصور الاربع في المسألة :

الاولى : ان يعلما ما وقعت فيه المنازعة .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٢٠ الباب ٤ من أبواب التجارة ح ٣ .

الثانية : ان يجهلاه ويكون مما يتعذر معرفتهما له مطلقاً .

الثالثة : ان يجهلاه ويمكن معرفته في الحال .

الرابعة : ان يجهلاه ولا يمكن معرفته في الحال كعدم المكيال أو الميزان أوكون النصيب من الميراث يتعذر العلم به في الحال مع امكان الرجوع بعد ذلك الى عالم ليعرفهم بالقدر ، الى غير ذلك .

ومن غير فرق بين أن يكون الصلح بين اثنين أو ثلاثة أو خمسة أو غير ذلك متساوي الحقوق أو غير متساوي الحقوق كولدين ورثا من أبيهما داراً ودكاناً لايعلمان قيمة كل واحد فيتصالحان بأن تكون الدار لاحدهما والدكان للاخر أو يكون هناك ولد أو بنت وزوجة ، وقد ورثوا من والدهم داراً ودكاناً وبستاناً ولايعلمون قدر كل واحد فيتصالحون بأن يكون الدار للزوجة والدكان للولد والبستان للبنت ، الى غير ذلك من الامثلة .

وقد عرفت ان ذكرهم للنزاع من باب المثال، ولذا قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: من غير سبق خصومة ومع سبقها ، سواء علما بقدر ماتنازعا عليه أو جهلاه ديناً كان أو عيناً ـ انتهى .

والتقييد بكون المصالح عليه متنازعاً فيه كما وقع في كثير من العبارات كالشرايع وغيرها غير لازم ، بل مبني على الغالب ، اذ الحكم آت في مطلق المصالحة عليه ، وان لم يكن بمنازعة مع علمهما بما يتصالحان عليه وجهلهما به كوارث تعذر علمه بمقدار حصته وشريك امتزج ماله بمال آخر بحيث لايتميزان ولايعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك كما تقدم .

ومن ذلك يعرف صحة الصلح بين الورثة اذا كان بعضهم لايرث وبعضهم يرث ولا يعلمون ايهم يرث وايهم لايرث ، سواء تمكنوا من التمييز بعد ذلك

أو لم يتمكنوا أو تمكنوا من التمييز في الحال أولم يتمكنوا ، فان كل ذلك اذا كان عن الرضا يصح الصلح ، مثلا : كان في الورثة ولد زنا ، لكنهم لايعرفون من هو حتى لايرث لان الاب اعترف بأن أحدهم حصل من الزنا مثلا ، فيما كان اعترافه حجة فيتصالحون على أن يكون الارث بينهم بالتساوى مثلا ، أو أن يكون للولد ضعف البنت فيما اذا كان ولد وبنت أو ان الرجل طلق زوجة من زوجاته ومات بعد العدة أو بدون عدة ، ولايعرف ان أيها غير المطلقة فيتصالحون بأن يكون الثمن أو الربع مثلا بينهن بالتساوي أو بالاختلاف فيما اذا كان المظنون انه طلق هنداً لازينب ، والموهوم انه طلق زينب لاهنداً فتتصالحان على أن يكون ثلاثة ارباع ارثهما للمظنون بقائها والربع للموهوم بقائها أو ما أشبه ذلك .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في اشكال جماعة في صورة ان يجهلاه ويمكن معرفته في الحال. ففي مفتاح الكرامة: قد منع من صحة الصلح في هذه الصورة في التحرير والتذكرة والدروس والمهذب البارع والتنقيح وظاهر الكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والمسالك وقد تؤذن عبارة التذكرة بالاجماع عليه ولعله لمكان الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة أو النقيصة مع امكان التحرز عنهما فيكونون قد رجحوا عموم أدلة النهي عن الغرر على عموم أدلة الصلح ، لاعتبار تلك بالاعتبار وظهور كونها قاعدة كلية لكثرة دورانها في كلامهم وتقديمه عندهم في أكثر أبواب المعاملات على أدلة الصحة ، فيكون عموم أدلة الصلح مخصوصاً بما لاضرر فيه ولاجهالة ، وقد يكونون يقولون: انهما تعارضا فتساقطا فرجعنا الى حكم الاصل الاصيل وهو عدم الصحة ، وقد ترجح عموم أدلة الصلح لكثرتها وظهورها فيما يشمل هذه الصورة، وبأن الصلح

أوسع من البيع ونحوه ، لانه قد شرع على المسامحة والمساهلة ، ولهذا يجوز تعذر العلم وذلك لايجوز في البيع الا أن تقول : ان ذلك أيضاً جائز في البيع كبيع أس الحائط وأخشاب السقف وطي البئر ، ولك ان تقول : ان الصلح يجوز بلا عوض كما يأتي ومع جهالته أولى فتأمل باطلاقات كثير من العبارات لكن الاول أشبه باصول المذهب ـ انتهى .

اذ قد عرفت ان مقتضى القاعدة التفصيل بين الغرر الذي لايدخل في الصلح عرفاً ، فانه لايصح وبين الغرر الذى يدخل في الصلح عرفاً فانه يصح ، وفرق عند العرف بين الغرر الذي يدخل في البيع والصلح ، ولم يعلم ان الشارع غير ذلك ، فليس الكلام هنا من التساقط أو من تقديم أدلة الصلح على أدلة الغرر أو من تقديم أدلة الغرر على أدلة الصلح بعد التكافؤ ، وانما هو من ان نهى النبي ﷺ عن الغرر(١) معناه ان كل شيء بحسبه، لان الغرر موضوع عرفي ولم يتصرف فيه الشارع، فكما ان الغرر في الارز يختلف عن الغرر في الذهب وعن الغرر في مثل الماس ونحو ذلك ،كذلك يختلف الغرر في الصلح المبني على المسامحة وانهاء النزاع ونحو ذلك، عنه في مثل البيع والاجارة ونحوهما مما يبني على الدقة العرفية ، ولذلك فالصلح مقدم حيث لاغرر عرفي، والغرر مقدم حيث غرر عرفي.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام الجواهر حيث نقل مقتطفاً من عبارة مفتاح الكرامة ثم قال : وفيه أولا : منع العموم في المعتبر من أدلة النهي عن الغرر ، فضلا عن ترجيحه أومعارضته لعموم الصلح والرجوع الى اصالة الفساد

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب التجارة ح ٣ .

اذ لم يشتمل المعتبر منها الأعلى النهي عن الغرر في البيع الملحق به الاجارة بالاجماع على ان اطلاق النصوص السابقة المؤيد لمعقد اجماع التذكرة المعتضد باطلاق المتن وغيره من عبارات الاصحاب ، كما اعترف هو بذلك كله كاف في تخصيص أدلة الغرر، بل قوله في الصحيحين : اذا تراضيا بذلك وطابت أنفسهما، ظاهر ان لم يكن صريحاً في ان المدار في الصحة على ذلك ولو مع الجهل الذي يمكن زواله على ان ترجيح أدلة الغرر بما سمعت يقتضى كون مدخليته هنا نحو ما في البيع والاجارة الذي لافرق في مانعيته فيهما بين التعذر مطلقاً وفي الحال وعدمه ومسيس الحاجة مع عدم رجوعه الى نفي الحرج في الدين لايؤثر أثراً ، ودعوى ارادة ذلك منه ممنوعة ولو سلمت لم تقتض اختصاص الصالح بذلك بعد الاغضاء عن أصل جريان نفي الحرج في المقام ، فالاقوى حينئذ الصحة مطلقاً الا الجهالة التي لاتئول الى علم للابهام ـ انتهى .

اذ يرد عليه أولا : انه كما ورد نهى النبي عن الغرر في البيع [١] ، ورد نهي النبي عن الغرر [٢] بصورة مطلقة، وهو شامل لمختلف أنحاء المعاملات ، ولذا قال في الجواهر وغيره بأن الغرر في المعاملات كلها يوجب الاشكال سواء في الرهن أو المضاربة أو المزارعة أو المساقات أو الشركة أو غير ذلك كما لايخفى على من راجع كلماتهم في مختلف الابواب ، والحديث وان كان ضعيف السند ، لكنه معمول به قديماً وحديثاً .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب التجارة ح ٣ .
وانظر كنز العمال ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٢) الدعائم : ج ٢ ص ٢١ ح ٤ .

وثانياً : انه لايمكن تخصيص أدلة الغرر لما عرفت،لان الدليلين متكافئان دلالة وبينهما عموم من وجه كغرر بلا صلح وصلح بلا غرر واجتماعهما في الصلح الغرري .

وثالثاً : ان اشكاله في الجهالة التى لاتئول الى علم غير ظاهر الوجه ، فانه اذا لم يضر الغرر فالجهالة التي لاتئول الى علم غير ضارة وان ضر الغرر فالجهالة ضارة سواء آلت الى العلم ام لم تئل الى العلم .

وعليه ، فمقتضى القاعدة ماذكرناه من الفرق بين الغرر الذي يدخل في الصلح عرفاً لانه مبني على المسامحة فهو كالغرر الذي يدخل في الهبة مثلا حيث بنائها على المسامحة ، وبين الغرر الذي ليس كذلك ، فالغرر الذي يدخل في الصلح يقدم دليل الصلح عليه والغرر الذي لايدخل في الصلح لايقدم دليل الصلح عليه وانما يقدم دليل الغرر ، فكل الصور مناطها ما ذكرناه ، ولعله أشار الى ما ذكرناه الاردبيلي في المنقول عنه من الموافقة على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلومية ، ولكن يعتبر فيه العلم في الجملة ، أما بالوصف أو المشاهدة وان كان في كلامه أيضاً انه لادليل على اعتبار العلم اذا كان لا يدخل فيه الغرر عرفاً .

كما ان ماعن الدروس من ان الاصح اشتراط العلم في العوضين اذا أمكن (الى أن قال) : لو تعذر العلم بما صولح عليه جاز كما في وارث يتعذر علمه بحصته ، وكما اذا امتزج مالاهما بحيث لايتميز ولا تضر الجهالة ، ورواية منصور بن حازم تدل عليه ، ولو كان تعذر العلم لعدم المكيال والميزان في الحال لمساس الحاجة الى الانتقال ، فالاقرب الجواز ـ انتهى . يجب أن ينزل على ماذكرناه والا ففيه نظر .

ثم انه اذا تصالحا مع الجهل ، ثم ادعى أحدهما الغرر والآخر نفاه سمع كلام المدعى بموازين الدعوى فعليه الاثبات ، واذا لم يكن له اثبات فعلى طرفه الحلف ولو الحلف على عدم العلم اذا ادعى عدم العلم فيحكم اصالة الصحة في المعاملة الواقعة قبل الدعوى .

(مسألة ـ ٣ ـ) قال في الشرائع : وهو لازم مـن الطرفين مع استكمال شرائطه .

وفي الجواهر : بلا خلاف لعموم اوفوا[1] وغيره من ادلة اللزوم التى سمعتها في غيره من العقود ، نعم يجيء على قول الشيخ الجواز في بعض موارده ، كما اذا كان فرع العارية أو الهبة على بعض الوجوه ، بناءاً على ان مراده لحوقه حكم ما افاد فائدته أما على المختار فليس الا على اللزوم .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : وهو لازم مـن الطرفين قال كما في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح ، وهـو معنى ما في الوسيلة والسرائـر والتذكرة من انه اذا تم لـم يكن لاحدهما رجوع على الاخر ولا خيار بعد انعقاده ، وفي الكفاية انه لازم على المشهور من كونه اصلا في نفسه وهو كذلك ـ انتهـى .

لكن نسبة الكفاية ذلك الى المشهور مما يؤذن بذهاب بعض الفقهاء الى عدم اللزوم محل نظر ، الا اذا كان ناظراً الى كلام الشيخ .

ومنه يعلم وجه النظر في اعتراض الروضة على اللمعة بأن الصلح أعم من اللازم .

ثم ان الصلح قد يكون لازماً غير قابل للفسخ ، كما اذا أصـلح بينهما الحاكم الشرعي صلحاً لفض النزاع ، فانه لاحق لهما في الاقالة والـرجوع الى النزاع ، لان حكم الحاكم الشرعي واجب التنفيذ .

---

(١) المائدة : آية / ١١ .

نعم اذا فضا الصلح بدون الرجوع الى النزاع لم يكن بذلك بأس ، وقد يكون جائزاً غير لازم كما في الصلح المعاطاتي على ما اختاره غير واحد من ان المعاطات لاتفيد اللزوم في البيع ولافي غيره وان كنا استشكلنا على ذلك في البيع ، حيث ان دليل البيع وغيـره شامل للمعاطات فيهما ايضاً ، فلا وجـه للقول باللزوم في اللفظي وعدم اللزوم في غير اللفظي ، وقد يكون غير لازم بسبب دخول الخيار فيه ، ولذا كان اللازم أن يحمل قول الشرائع وغيره الا أن يتفقا على فسخه على المثال في المستثنى والمستثنى منه ، والاتفاق على الفسخ انما هو بالاقالة الشامل دليلها له ولغيره كما في الجواهر .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (لايبطل الا باتفاقهما على فسخه) كما صرح به في أكثر ما تقدم وهو قضية كلام الباقين، وفي الرياض نفي الخلاف عن فسخه، بالتقايل ، وعن مجمع البرهان الاجماع عليه ، وقد تقدم ان الصلح ايضاً يبطل بظهور استحقاق أحد العوضين كما صرح به غير واحد وسيأتـي الكلام فيه مفصلا انشاءالله تعالى .

والظاهر انه كما يصح التقايل في كل الصلح يصح التقايل في بعضه ، كما اذا صالح شاة ببقرة ثم تقايلا في نصف كل منهما ، وذلك لان العقد ليـس بسيطاً غير قابل للتبعيض كما في النكاح والطلاق ، حيث لايقبلان التبعيض ، وانما هو قابل للتبعيض ، كما ان الظاهر انه يدخل فيه خيار تبعض الصفقة كما اذا صالح شاة في قبال بقرة ثم ظهر نصف الشاة مستحقاً حيث يصح لصاحب البقرة الفسخ لتبعيض الصفقة بأدلته المذكورة في البيع وغيره .

قال في القواعد : ولابد من متعاقدين كاملين وفي مفتاح الكرامة اجماعاً كما في التذكرة كما ستسمعه ولابد من صيغة ، ومن الايجاب والقبول كمـا

في التذكرة وجامع المقاصد واللمعة والروضة ولابد من المقارنة كما في التذكرة ونسب ذلك كله في مجمع البرهان الى ظاهر الاصحاب ، وبالجملة حاله حال سائر العقود اللازمة، وتصح وظيفة كل من الايجاب والقبول من كل منهما بلفظ صالحت وقبلت كما في الروضة ـ انتهى .

أقول : أما لزوم تكامل المتعاقدين فلا اشكال فيه حيث يجب أن يكونا بالغين عاقلين غير محجورين الى غير ذلك من الشروط ، وأما الاحتياج الى الصيغة والايجاب والقبول فقد عرفت سابقاً عدم الدليل عليهما ،فالصلح المعاطاتي ايضاً صحيح ، كما انه لايجب أن يكون ايجاب وقبول ، بل يصح أن يكون كالتصافق والتصافح ، أما المقاربة فهي عرفية كما ذكرناه في سائر العقود ، وكما انه يلزم تكامل المتعاقدين يلزم صحة الصلح بالنسبة الى الدين أو العين أو ما أشبه بأن لايكون كالخمر والخنزير بالنسبة الى المسلم ، والظاهر انه لاتصح المصالحة بين مسلم وكافر على خمر أو خنزير غير مباح التعامل عليهما ، أما مباح التعامل كالخمر المحترمة والخنزير المتخذ لاجل جلده أو شعره أو شحمه أوما أشبه مما حلله الشارع فلا بأس على اشكال ، واذا صالح المسلم الكافر بأن يعطيه خمراً ويأخذ منه مثلا درهماً لم يصح ولايأتي هنا قاعدة الزموهم بما التزموا به ،كما ذكرنا مثله فيما اذاتزوج المسلم اخته المجوسية ، فان قانون الالزام لايشمل مثل ما اذا كان حراماً على أحد الطرفين الافيما خصص كما في المطلقة ثلاثاً من العامة في مجلس واحد أوبلا شهود ، وكما في الارث في باب التعصيب الى غير ذلك ، فمقتضى القاعدة ان المسلم عليه أن يطبق أحكام الاسلام التي هي بنظره مستفادة من الادلة الافيما خرج بالدليل ، فمثل الارث

ونحوه خارج بالدليل ، لأنه اصل يقاس عليه غيره .

نعم اذا كان طرف المسلم كافراً حربياً وصالحه المسلم على خمر أو نحوها بطلت المصالحة وصح أخذ مال الكافر من باب الانقاذ، كما ذكره العلامة وغيره في بيع الميتة والمذكى المشتبهين ممن يستحل .

(مسألة ـ٤ ـ) قال في الشرائع : اذا اصطلح الشريكان على أن يكون الربح والخسران على أحدهما وللاخر رأس ماله صح ، ويدل على ذلك الصحيح عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين ، فقال أحدهما لصاحبه : اعطني رأس المال ولك الربح وعليك الخسران ، فقال عليه السلام : لابأس اذا اشترطا ، فاذا كان شرط يخالف كتاب الله عزوجل فهورد الى كتاب الله عزوجل[1].

ونحوه خبره الاخر عنه عليه السلام ايضاً الاانه قال :كان من المال دين وعين(ولم يقل : وعليهما دين)[2].

وكذا خبره الثالث الا انه قال: وكان المال ديناً ولم يذكر العين ولاعليهما دين[3].

وهكذا الخبر الرابع الا انه قال :كان المال ديناً وعيناً[4]. كذا رواه في مفتاح الكرامة ، وتبعه ، الجواهر وانكان الوسائل لم يذكر الارواية واحدة بلفظ واحد .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ولو اصطلح الشريكان على ان لاحدهما رأس ماله وللاخر الربح والخسران صح) .

كما عبر بذلك، ومثله من دونتفاوت أصلا في الشرائع والنافع والارشاد والتبصرة والكفاية، وقد يفهم من هذه الكتب عموم الحكم بالصحة اذا اشترطا ذلك في عقد الشركة أو بعد العقد في أثناء الشركة ، وان لم يرد القسمة .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٥ الباب ٤ من أبواب أحكام الصلح ح ١ .

(٢) و(٣) و(٤) مفتاح الكرامة : ج ٥ ص ٤٦٩ من كتاب الصلح .

وقال الشيخ في النهاية : والشريكان اذا تقاسما وأصطلحا على ان يكون الربح والخسران على واحد منهما ، ويرد على الاخر رأس ماله على الكمال كان ذلك جائزاً ، وهذا يقضي ان ذلك انما هو عند انقضاء الشركة وارادة فسخها كما صرح بذلك في السرائر والتحرير والدروس واللمعة وحواشي الكتاب وايضاح النافع وجامع المقاصد وتعليقي الارشاد والنافع والمسالك والروضة والمفاتيح ، وكذا التذكرة ، بل في الاولين زيادة التصريح ، لان صاحب رأس المال صالح الاخر على الربح والخسران والنقد والنسيئة والعروض وسلم اليه ـ انتهى .

والظاهر صحة أن يكون الشرط أو الصلح في أول العقد وفي أثنائه وبعد الفسخ يعني انه يشترط قبل الفسخ ، أو يتصالحان قبل الفسخ أو بعده وذلك بالنسبة الى الشرط، لعموم المؤمنون عند شروطهم[(١)]، ولايخالف الشرط الكتاب أو السنة أو مقتضى العقد، لان عقد الشركة اطلاقه يقتضي أن يشتركا في الربح والخسران ، والافمقتضى العقد ليس ذلك اذا لم يطلق .

كما ان اطلاق البيع يقتضي اللزوم ، لاان مقتضاه اللزوم حتى يكون خيار الشرط منافياً لمقتضى العقد ، فاذا شرط هذا الشرط في أول عقد الشركة صح العقد والشرط ، ولاتنحصر الفائدة في الشركة بالربح والخسران لانه تصح الشركة ، وان علما انه لاربح ولاخسران ، وانما يريدان اشغال مالهما واشتغال أنفسهما حتى لايكونا بطالين ، وكذلك يريد من يريد رأس ماله فقط

---

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهور ح ٤ .
والاستبصار : ج ٣ ص ٢٣٢ والتهذيب : ج ٧ ص ٣١١ ح ٧ .

ان لايبقى ماله عاطلا حتى يؤخذ منه مثلا الضريبة أويكون خوف سرقة اللصوص له أو يريد ربح صاحبه مثلا ، الى غير ذلك من الفوائد العقلائية .

وكذلك يصح الشرطفي أثناء الشركة فيما لاحدهما أولهماالفسخ ،فيقول أحدهما للاخر: اني لاافسخ بشرط ان لايكون لي ربح ولاخسارة ، وانمابرأس مالي فقط ، وهكذا بالنسبة الى حين ارادة الفسخ فيقول : اني أفسخ فيما لـه الابقاءبشرط أن يكون لي رأس مالي بدون ضرر وربح .

أما بالنسبة الى الصلح ،فان أدلة الصلح شاملة للصور الاربع ،اي الصلح عند الشركة ، أو في الاثناء أوقبل الفسخ أوبعد الفسخ ،فلا مانع من كل ذلك.

ومنه يعرف ان اشكال مفتاح الكرامة على الشرائع والقواعد وغيرهماالا أن تنزل على ما ذكره النهاية وغيرها ، غير وارد قال : وعلى كلام الشيخ في النهاية ومن تبعه تنزل العبارات المتقدمة للشرائع وغيره ، لانا لو لـم ننزلها على ذلك وقلنا : بأن الشرط المذكور كان في عقد الشركة أوبعده لما صـح تسميته صلحاً، لانه يكون شرطاً في عقد الشركة لا صلحاً على الاول ، لانه ان أتى بلفظ الشرط فظاهر ، لان يقول : شاركتك بشرط أن يكـون الربح لك ، فيقول : قبلت ، وان أتى بلفظ الصلح كان يقول : شـاركتك لنعمل في هذا المال ، وصالحتك على أن يكون الربح لك فيقول : قبلت ، فلا صلح ايضاً ، لان الصلح من أركانه العوضان ، ولا عوض هنا .

وعلى الثاني وهو ما اذا كان بعد العقد ، فان أتي بلفظ الشرط فلغو ،وان أتى بلفظ الصلح قبل المرجع وبعده لم يظهر ربح كما هو المفروض ، فلا صلح ، اذلاعوض ، خصوصاً اذا كانت العين قائمةلم تمزج واذا كان شرطاًفي عقدها كان مخالفاً لمقتضى عقدها ، لان مقتضاها ان الربح والخسارة تابـعان

لرأس المال ، فيـكون مخالفاً للكتاب والسنة ، فيكـون فاسداً ، وليس هـذا كاشتراط الخيار في عقـد البيع ونحوه في المنافات لمقتضى العقد ، لانه لا لزوم واشتراطه يوجب التزلزل المنافي له ،وذلك لان مقتضى عقدالبيع انماهو الانتقال خاصة واللزوم مـن صفاته وكيفياته الخارجة ، فاشـتراط الخيار ليس منافياً لمقتضاه بخلاف الشركة ، اذ ليس مقتضاها سوى ماعرفت .

فلو شرط فيها خلافة عاد عليها بالنقض كاشتراط عدم الانتقال في البيع ، لـكنا قد حققنا في باب الشركة ان هـذا الشرط غير مناف لها والا لما صار اشتراطه ، حيث يكون العمل من أحدهما مع انه يجوز اجماعاً ـ انتهى .

ومن اخير العبارة يعرف انه رجع عن الاشكال في الشرط ، وان كان في جملة من كلامه موارد للتأمل على ما عرفت وجهه .

أما تفصيل الجواهر بين الصلح والشرط بقوله: ان المتجه على كل حال الجواز مطلقاً من جهة الصلـح كما هو مقتضى المتن وغيره من عبارات الاصحاب ، بل والنص .

نعم الاقوى عدم جواز ذلك بطـريق الشرطية لافي الابتداء ولافي الاثناء ولاعند الانتهاء ضرورة عـدم المقتضى للزومه ، وانما هو وعد ثـم نقل عبارة مفتاح الكرامة ثم قـال أخيراً : وان كان قد يناقش فيه بأن ذلك لو كان منافيـاً لمقتضاه لم يجز حتى بـالصلح الذي قد عرفت جوازه للادلة المزبورة فالمراد بالشرط فيها ما فهمه الاصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح ، وانه ربـما يطلق اسم الشرط على العقود ـ انتهى .

فغير ظاهر الوجه مع ما فيه من تدافع بين أول كلامه ، حيث ذكـر ان الاقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطية وبين أخيره حيث قال : وان كان قد

يناقش فيه ، اذ كيف يجمع بين قوة العدم وبين المناقشة .

وكيف كان ، فاشكال الجواهر في الشرط بأنه وعد ، سواء كان في الابتداء أو في الاثناء أو عند الانتهاء غير ظاهر ، اذ الشرط في أثناء عقد الشركة مرتبط بعقد الشركة ، وليس وعداً فحسب ، وكذلك في الاثناء حيث يحق له الفسخ وكذلك عند الانتهاء حيث يحق له الابقاء فيقول في الاول : نتشارك على هذا الشرط ، وفي الوسط : اني أبقى على الشركة على هذا الشرط ، وعند الانتهاء : اني أفسخ شركتي على هذا الشرط ، اللهم الا ان يريد غير هذه الصور ، نعم الشرط بعد فسخ الشركة أو انتهائها وعد .

ومنه يعلم ، ان صور الصلح أربع ، وصور الشرط ثلاث ، الا أن يكون الشرط بعد انتهاء الشركة أو فسخها في ضمن عقد لازم خارجي وهو خارج عن محل الكلام.

وكيف كان ، فكلام الفقهاء هنا في الصلح ، وأما الشرط فهو مرتبط ببابه وقد عرفت دلالة بعض الروايات على بعض صور الصلح في الجملة ، وان كان ربما يقال : بأن اطلاق الروايات تشمل كل الصور ، لكنه خلاف ظاهر قوله عليه الصلوة والسلام : في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين .

وأما ذكر الشرط في الرواية فيمكن ان يراد به الشرط في قبال الصلح ويمكن أن يراد به الصلح في قبال الشرط ، ويمكن ان يراد به الاعم ، ولا بعد في ارادة الاعم ، لان الشرط في امثال هذه الموارد يطلق على الشرط الذي في قبال الصلح وعلى الصلح .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع : ولو كان معهما درهمان وادعاهما أحدهما وادعى الاخر احدهما كان لمدعيهما درهم ونصف ، وللاخر مابقى .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ويعطي مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الاخر ومدعى احدهما الباقي) : كما في النهاية والنافع والتحرير والارشاد والدروس والحواشي واللمعة والتنقيح والتذكرة وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية ومجمع البرهان ، وفي الاخير انه مجمع عليه .

ويدل على الحكم صحيح عبد الله بن المغيرة عن غير واحدمن أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان ، فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الاخر : هما بيني وبينك ، قال : فقال أبو عبد الله عليه السلام : أما الذي قال : هما بيني وبينك ، فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء ، وانه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين.(١)

ونحوه مرسلة محمد بن أبي حمزة ، عن الصادق عليه الصلاة والسلام : في رجلين كان بينهما درهمان ، فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الاخر : بيني وبينك ؟ فقال عليه السلام : قد أقر أن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء ، وانه لصاحبه واما الاخر فبينهما.(٢)

وفي المقنع : (الذي هو متون الروايات) قال : اذا كان بين رجلين درهمان ، فيقول أحدهما : الدرهمان لي ، ويقول الاخر : بيني وبينك ، فان

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٩ / ١٧٠ الباب ١ من أبواب الصلح ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٩ / ١٧٠ الباب ١ من أبواب الصلح ح .

الذي يقول : هما بيني وبينك قد أقر أن أحد الدرهمين ليس له ، وانه لصاحبه وأما الاخر فبينهما نصفان[(١)] ، ولا يخفى ان ما يأتي من الكلام في هذا البحث انما هو فيما اذا كان الدرهمان متساويين ، كما اذا كان كل واحد منهما مثقالا.

أما اذا كانا مختلفين ، كما اذا كان أحدهما مثقالا والاخر مثقالا ونصف فللمسألة ثلاث صور ، اذ ان مدعي الواحد قد يدعي المثقال ، فيعطى لهنصف المثقال ، وقد يدعي المثقال والنصف فيعطى له ثلاثة ارباع المثقال ، وقد يكون دعواه مجهولة أما لموته أو ما أشبه ذلك وحينئذ يعطى له بالنسبة بمعنى انه يعطى لمدعيالواحد عشرة من ستة عشر ، ويعطى لمدعيهما واحد وستةمن ستة عشر ، وذلك لقاعدة العدل ، حيث يعطى لمدعي الواحد نصف نصف المثقال ونصف نصف المثقال والنصف .

وان شئت قلت : يعطى لمدعي أحد الدرهمين ربعان ونصف ربع ويعطى لمدعي الدرهمين خمسة أرباع ونصف ربع .

وعلى هذا القياس لو كان الاختلاف في الدرهمين فيما كان مثلا أحد الدرهمين يعادل مثقالين والدرهم الاخر يعادل مثقالا ، أو يعادل مثقالا ونصفاً أو كان أحدهما يدعي من الدرهمين درهماً ونصفاً ، ويدعي الاخر درهماً أو درهماً وربعاً ، الى غير ذلك من الامثلة الكثيرة .

ثم ان مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الرواية ان صور المسألة ست:

الصورة الاولى : ان يكون لكليهما يد، فان كان على نحو الاشاعةاحتاج الى المراضات ، وان لم يكن على نحو الاشاعة بأن يقول صاحب الدرهم

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٩ / ١٧٠ الباب ١ من أبواب الصلح ح .

الواحد : هذا الخاص لي فلا حاجة الى المراضات ، وفي هذه الصورة بكلا شقيها يقسم الدرهم الواحد بينهما،فيكون لصاحب الواحد النصف ولصاحب الاثنين الواحد والنصف .

الصورة الثانية:لايد لاحدهما ولا لغيرهما، وهنا أيضاً كالصورة الاولى ، ويأتي هنا أيضاً الشقان المذكوران هناك .

الصورة الثالثة : أن يكون لاحدهما يد وهو صاحب الدرهم فصاحب الدرهمين ان أقام البينة كان الحق له والا حلف صاحب الدرهم ، ويكون كل الدرهم له .

الصورة الرابعة : أن يكون لاحدهما يد وهو صاحب الدرهمين ، فإن أقام الخارج وهو صاحب الدرهم البينة كان الدرهم له والاحلف صاحب الدرهمين وكان الدرهمان له .

الصورة الخامسة : أن يكون في يد ثالث وهو يصدق أحدهما ، فعلى غير المصدق بالفتح البينة ، وعلى المصدق بالفتح الحلف ، فاذا جاء غير المصدق بالبينة كان الحق له والاحلف المصدق وأخذ الدرهم ان كان صاحب درهم أو الدرهمين ان كان صاحب الدرهمين .

الصورة السادسة : ان لايصدق أيأمنهما ، فعلى كل واحد منهما البينة ، فاذا أقام أحدهما البينة كان الحق له ، واذا أقاما كلاهما البينة كان التنصيف في الدرهم الواحد والدرهم الاخر لمدعي الاثنين، وذلك لتعارض البينتين في درهم واحد، أما الدرهم الاخر، فلا ادعاء لصاحب الدرهم الواحد فيه .

ثم اللازم تطبيق الروايتين على القواعد من حيث الاحتياج الى البينة واليمين وعدم ذكر الروايتين له لانهما في صدد أصل الحكم لا خصوصيات

الحكم ، فربمااحتاج الامر الى البينة ، وربمااحتاج الى اليمين وربمالايحتاج الى أي منهما .

ومنه يعلم، ان قول الجواهر: نعم ظاهرالخبرين والمتن وغيره ان الحكم كذلك من غير يمين ، وانه لافرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الاشاعة ، أوبواحد منهما على التعيين ، بل لعلهما في الاول أظهرمنهما في غيره، محل نظر، اذ من جهة اليمين يلزم القول بالفرق بين الموارد مما يحتاج الى اليمين أولا يحتاج .

أما من جهة الاشاعة وغير الاشاعة فالامر كذلك للاطلاق ،كما ان منه يعلم وجه النظر في اطلاق التذكرة (حيث انه بعد ان فرض موضوع المسألة دعوى أحدهما الدرهمين والاخرواحداً منهما) قال : الاقرب انهلابد من اليمين فيحلف كل واحدمنهما على استحقاق نصف الاخر الذي تصادمت دعواهما فيه ، فمن نكل منهما قضى به للاخر ولو نكلامعاً أوحلفا معاً قسم بينهما نصفين، واستحسنه في المسالك لعموم (واليمين على من أنكر) .(١)

وفي الدروس : لوكان معهما درهمان فادعاهما أحدهما ، وادعى الاخر اشتراكهما ، الرواية المشهورة للثاني نصف درهم وللاول الباقي ، ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعاً، فانه يقوى القسمة نصفين فيحلف الثاني للاول، وكذاكل مشاع .

وعن ايضاح النافع : لاأرى له وجهاً حسناً ، وتأمل فيه في محكي قضاء الروضة في آخر كلامه . وفي قضاء القواعد والتحرير والدروس واللمعة انه

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٩٩ .

لو كانت في أيديهما عين فادعاها أحدهما وادعى الاخر منها نصفاً ولا بينة فهي بينهما بالسوية، ولكن على مدعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على صاحبه، ووجه في الروضة الفرق بين المشاع وغيره بأن كل جزء من العين على تقدير الاشاعة يدعي كل منهما تعلق حقه به ولا ترجيح فكانت نسبته الى الجميع على السواء .

اذ فيه : انه لا يستلزم الاختصاص باليمين ، اذ أي فرق بين دعوى الاشاعة وغيرها .

ثم لما كان الامر على وفق القاعدة لا ينحصر الحكم بذلك في مثل الدرهمين، بل يتعدى الى سائر الموارد حتى في مثل الدار التي هي بيدهما وفيها غرفتان فيدعى أحدهما احدي الغرفتين ، والثاني يدعي كلتيهما ، سواء كان الادعاء على نحو الاشاعة ، أو على نحو الخصوصية ، أو على نحو الجمع بينهما بأن يدعي أحدهما ان نصف هذه الغرفة مشاعة له ونصف الغرفة الاخرى معينة له ،وهكذا بالنسبة الى خروج كلهما عن الدار ،أو كون يد أحدهما عليها ،أو كون الدار في يد ثالث الى غير المثالين من الموارد .

ولذا الذي ذكرناه من عدم الفرق بين الاشاعة وغيرها قال في مفتاح الكرامة : ان اطلاق الاصحاب في المقام والأخبار يشمل صورة دعوى الثاني للدرهم على الاشاعة والتعيين والمصرح بالفرق في باب القضاء هو العلامة والشهيد لتوجيه لم يتضح وجهه ، فلا ينبغي العدول عن ذلك الى هذا ، ثم قال : ذكر هذه المسألة وما بعدها في باب الصلح ، اما لان ذلك لازم من غير يمين كما قاله بعضهم ، وأما لمناسبة له حيث ان الصلح لا يكون الا كذلك لانه العدل فيرغبان في الصلح حذراً من الايمان ـ انتهى .

ومن الكلام في الدرهم والدرهمين يظهر حال ماذاكان المشتركون أكثر من الاثنين ، مثلا قال أحدهم : لي الاثنان ، وقال الاخر : لي واحد ، وقال الثالث : لي النصف ، وهكذا لوحدة الملاك في جميع الصور ،كما ان من الاشاعة ظهر الكلام فيما اذاكان أحد الثلاثة يقول: لي المعين، ويقول الآخر: لي الكل، ويقول الثالث: لي على نحو الكلي في المعين. الى غيرها من سائر الامثلة .

(مسألة ـ ٦ ـ) قال في الشرائع : وكذا لوأودعه انسان درهمين وآخر درهماً وامتزج الجميع ثم تلف درهم، ومراده بقوله: وكذا، انه لذي الدرهمين درهم منهما ، لانه لااحتمال غيره، فان الضائع درهم ، فان كان من ذي الدرهم فالدرهم لذي الدرهمين موجود، وان كان من ذي الدرهمين فدرهم من الباقيين الذي لذي الدرهمين موجود فدرهم قطعاً لذي الدرهمين .

وأما الدرهم الاخر فهو محتمل لكل منهما ولامرجح ، فمقتضى قاعدة العدل بينهما قسمته نصفين .

ويدل عليه بصورة خاصة مارواه السكوني ، عن الصادق عليه الصلاة والسلام : في رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : يعطي صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين [١].

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة في القواعد : وكذا لواستودع من اثنين ثلاثة ، ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الأجزاء قال : وهذا هو المشهور كما في الدروس والتنقيح وايضاح النافع والمسالك والروضة والكفاية والرياض، وفي جامع المقاصد نسبته الى الاكثر تارة والى الاصحاب اخرى، وقد نسب الى الاصحاب في الدروس والمسالك والروضة، ولم أجد فيه خلافاً الا من المصنف في التحرير ، فانه قال الاولى : عندي قسمة الثالث على رأس المالين ، فيعطى صاحب الدينارين دينار وثلثاً وصاحب الدينار ثلثا دينار .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٧١ الباب ١٢ من أبواب الصلح ح ١ .

وقد مال الشهيدان والمحقق الثاني الى القرعة لانهامقتضى القواعد ، لكنهم لم يجسروا على المخالفة .

وقال في محكي الدروس: ولو أودعه واحد دينارين وآخر ديناراً فضاع دينار واشتبه ، ففي رواية السكوني : لصاحب الدينار نصف دينار وللاخر الباقي(١) . والعمل بها مشهور، وهنا الاشاعة ممتنعة، ولو كان في أجزاء ممتزجة كان الباقى أثلاثاً، ولم يذكر الاصحاب في هاتين المسألتين يميناً، وذكروهما في باب الصلح فجائز ان يكون ذلك قهرياً وجائز ان يكون اختيارياً فان امتنعا فاليمين والفاضل في أحد أقواله يحكم في مسألة الوديعة بأن الدينارين الباقيين بينهما أثلاثاً كمختلف الأجزاء وفيه بعد، ولو قيل بالقرعة امكن وتبعه الشهيد الثاني في المسالك فانه بعد ان استشكل في ضعف المستند قال التالف : لايحتمل كونه منهما ،بل من أحدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا ، والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة ، ومال اليه في الدروس الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب .

أقول : مقتضى القاعدة ان للمسألة صوراً ثلاثاً :

الاولى: آن تكون على نحو المزج كصاع في ضمن صاعين، وهنا مقتضى القاعدة التثليث ، لان الذاهب من كل واحد منهما بنسبة حصته ، ولاوجه لجعل الذاهب من أحدهما أكثر من الذاهب من الاخر ، فمن صاحب الاثنين ذهب ثلثان ، ومن صاحب الواحد ذهب ثلث، كما انه اذا كان لاحدهما ثلاثة وللاخر اثنان، وذهب واحد قسم الواحد خمسة أقسام ، فالذاهب من صاحب الثلاثة ثلاثة أخماس ومن صاحب الاثنين خمسان وهكذا .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٧١ الباب ١٢ من أبواب الصلح ح ١ .

الثانية : أن يكون على نحو الكلي في المعين، وفي هذه الصورة يكون الذاهب ، من البائع مثلا : كان لزيد عشرة اصوع فاشترى عمرو صاعاً منه على نحو الكلي في المعين ، ثم أودع الاصوع عند بكر فضاع صاع مثلا أو أكثر فانه ذاهب من صاحب المال لامن المشتري لما قرر في بحث اطنان القصب.

الثالثة: ما في الرواية واطلاقها يقتضي ما ذكر من التنصيف وربما يحتمل انه لو لااطلاق الرواية المؤيد بالفتوى لزم التفصيل في المسألة ، لان لهاثلاث صور :

الاولى : اذا تصالحا على الاشتراك في الجميع ومقتضى القاعدة الثلث والثلثان .

الثانية : اذا تصالحا على الاشتراك فيدرهم من هذا ودرهم من ذاك ،كما اذا كان لكل واحد منهما درهم وتصالحا على الاشتراك ثم وضع احدهما درهماً على الدرهمين وأودعا الثلاثة عند انسان ، فالمحتمل هنا أن يكون المفقود الدرهم غير المشترك فيه ، وأن يكون المفقود أحد الدرهمين المشترك فيهما.

الثالثة: ان لايقع صلح، ومقتضى القاعدة القرعة ، لان هذا الدرهم الباقي أما لهذا وأما لهذا ، والقرعة لكل أمر مشكل ، لكن حيث وردت الرواية فلا مجال للقرعة ، ولذا أشكل الجواهر على قول الدروس المتقدم (بأنه لو قيل بالقرعة أمكن) قال : ولا اشكال بعد النص والفتوى والقاعدة التى أشرنا اليها في قسمة المال بين مدعيه قلوا أو كثروا بالسوية على فرض استوائهم في قطع الدعوى بذلك المنزل منزلة الصلح القهري فيما بينهم .

هذا لكن الظاهر من الرواية ان لااطلاق لها يشمل الصور الثلاث ، بل ظاهرها ما هو المتعارف من انه يودعه احدهما درهمين ويودعه الاخر درهماً.

وعليه ، فلا تشمل مثل ما اذا ورث الولد والبنت درهمين ودرهماً وقبل التقسيم أودعوا الثلاثة مثلاعندالوصي أوغيره ، حيثان مقتضى القاعدة العمل بالثلث والثلثين هنا لابدرهم ونصف للولد ونصف درهم للبنت .

ولذا الذي ذكرناه قال الجواهر : وأما ما حكاه الدروس عن الفاضل فهو كما ذكر في غاية البعد مع فرض الاشتباه بدون امتزاج ضرورة عدم حصول الشركة بينهما بذلك ، أما مع فرضه فقد يقال : بأنه كالممتزج من الحبوب حينئذ ، اللهم الا أن يدعي حصول الشركة بها قهراً شرعاً ، بخلاف غيره من الدراهم ونحوها ، لكنه كما ترى فالاولى فرض مسألة المتن بدون امتزاج كما في النص، أما معه ، وقلنا : بحصول الشركة به مطلقاً ، فالمتجه فيهحينئذ حكم الاقفزة في كون التالف على النسبة ، واحتمال الفرق بالقطع في الحبوب بكون التالف منهما بخلافه في مسألة الدرهم يدفعه أولا : انه لاقطع بكونه على النسبة في الحبوب ، اذ يمكن التفاوت ، وثانياً : عدم المدخلية لذلك بعد فرض الدليل شرعاً على حصول الشركة بالامتزاج فيالمثلياتعلى وجه يرفع التمييز .

وان كان في كلامه هذا مواضع للتأمل كما يعرف مما ذكرناه ـ انتهى .

ثمانه لو شك أنأيهما صاحبالدرهمين وأيهما صاحبالدرهم ، فمقتضى القاعدة التنصيف باعطاء كل واحد منهما درهماً ، لانه مقتضى قاعدة العدل ، ومن هذا المقام يعرف سائر الفروض ، كما يمكن استخراج حق كل منهما بالاربعة المتناسبة فيموارد النسبة بأن يقال: لو كان الدراهم ثلاث كان لهاثنان أو واحد ، أما في الحال فحيث الدراهم اثنان كم له ؟ وهكذا .

(مسألة ـ ٧ ـ) قال في الشرائع : ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ، ولآخر ثوب بثلاثين درهماً ثم اشتبها ، فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه ، وان تعاسرا بيعاً وقسم ثمنهما بينهما فأعطى لصاحب العشرين سهمين من خمسة وللآخر ثلاثة، وقد أفتى المشهور بهذا طبقاً لخبر اسحاق بن عمار ، عن الصادق عليه السلام ، في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب، وآخر عشرين درهماً في ثوب ، فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه ؟ قال : يباع الثوبان فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن ، والآخر خمسي الثمن. قلت : فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت ؟ قال عليه الصلاة والسلام : قد أنصفه .(١)

قال في مفتاح الكرامة : وقد عمل بها الشيخ في النهاية والقاضي فيما حكى عنه والمحقق في كتابيه والمصنف في التحرير والارشاد والتبصرة والمختلف ، وفي الدروس ان عليها المعظم وفي المسالك ومجمع البرهان عمل بها المشهور، وفي ايضاح النافع وجامع المقاصد نسبته الى أكثر الاصحاب وفي التنقيح الى الشيخ واتباعه ،وقد نسب العمل بها الى الأصحاب في مطاوى جامع المقاصد مرتين ، وفي مضاربة جامع المقاصد انه محل وفاق ـ انتهى.

وحيث ان المشهور عملوا بالرواية فلا مجال للاشكال فيها من جهة السند بل ربما قيل بصحة السند من طريق الصدوق ، بل والشيخ ايضاً ، والظاهر ان البيع من باب المثال والا فالايجار كذلك كان يؤجران الثوبين مثلا كل عام بخمسين فيتصرف صاحب الثلاثين بالثلاثين وصاحب العشرين بالعشرين .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٧١ الباب ١١ من أبواب الصلح ح ١ .

بل وكذلك فيما اذا كان الاشتراك في نصفي الشيء فيقع المهايات بالانتفاع مثلا يشتريان نصفي دابة أحدهما بثلاثين والاخر بعشرين فيركبها صاحب الثلاثين ثلاثة أيام وصاحب العشرين يومين أو يؤجر انها كذلك ، الى غير ذلك من الامثلة المتصورة فى الدار والاثاث وغيرها ، لان الملاك في الجميع واحد ، وهو قاعدة العدل ، وهـذه الرواية التي لايفهم منها الاالملاك ، لوضوح انـه لاخصوصية للثوبين ، كما لاخصوصية لعشرين درهماً وثلاثين درهماً ، ويأتي الامر كذلك في ثلاثة أثواب وغيرها فـاذا اشترى أحدهم بخمسين والاخـر بأربعين والثالث بعشرة قسم الثمن علـى المائة فلصاحب الخمسين خمسون ، ولصاحب الاربعين أربعون ولصاحب العشرة عشرة .

وان شئت قلت : لصاحب الخمسين النصف ولصاحب الاربعين أربعة من عشرة ، ولصاحب العشرة واحد من عشرة، واذا بـاع الاول والثالث أو الاول والثانـي أو الثاني والثالث ، فكذلك تلاحظ النسبة .

ثم ان الامر بالنسبة انما هو مع عدم التضخم في أحد الثوبين بعد الاشتراء أو التنزل في أحد الثوبين أو التضخم غير المتكافئي، أو التنزل غير المتكافئي، والا لوحظت النسبة ايضاً بزيادة التضخم أو التنزل.

نعم ان كان التضخم في كليهما على النسبة المتساوية ، كما اذا صار على الضعف أو كان التنزل على النسبة المتساوية كما اذا صار على النصف كانـت النسبة محفوظة ايضاً في الثمن والاجرة والمهايات ونحوها ، فاذا صار ثـوب الثلاثيـن عشرين وبقى ثوب العشرين عشرين و بيعا بأربعين كان لكل واحـد النصف ، واذا صار ثوب الثلاثين عشرين وثوب العشرين ثلاثين انعكس ما لكل منهما بأن صار لصاحب ثوب العشرين ثلاثة أخماس الثمن وبالعكس ،

ومثل حال التضخم والتنزل حال الارتفاع والانخفاض لجهة البلى في أحـد الثوبين أو في كليهما أو قصر أحد الثوبين أوكليهما فازدادت القيمة أو نقصت لاجل التقصير بالنظافة أو تـوسخ أحدهما فتنزلت القيمة بالوساخة ، الى غير ذلك من الفروض .

وعلى أي حال ، فما عن ابن ادريس من القرعه ومال اليه في المسالك ، بل ظاهر بعضهم ان جماعة قالوا بذلك، غير ظاهر الوجه، ولذا ردهم الجواهر بقوله : ضرورة عدم الاشكال بعد ما عرفت معتضداً بالاعتبار الذي يقضي بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك ، بل لو لم يشتبها وبيعا معاً كان الثمن موزعاً على حسب قيمتهما الا ان الظاهر من النص والفتوى عدم اعتبار المعية في بيعهما في الحكم المزبور، بل ظاهرهما صيرورة مالكهما كالشريكين باعتبار احتمال تملك كل منهما الكل منهما فهما بمثابة الشريكين فيهما على نسبة قيمتهما ـ انتهى .

ولايخفى ان بيعهما معاً انما يوجب كون الثمن موزعاً على حسب النسبة اذا كان البيع بحسب النسبة ، أما اذا لم يكن البيع بحسب النسبة لوحظ قدر مايخص كل واحد منهما في البيع ، اذ قد يكون البيع علـى حسب النسبة ، وقد يكون متساوياً ، وقد يكون الانزل أرفع والارفع أنزل ، فقول الجواهر تبعاً لغيره : من ملاحظة النسبة في البيع معاً أو منفرداً ، انما هو في فرض كون النسبة محفوظة في البيع معاً .

أما اذا أوجبت المعية ارتفـاع صاحب الثلاثين الى الضعف وارتفـاع صاحب العشرين الى واحد ونصف اي صـار الثلاثون ستين وصار العشرون ثلاثين، فان النسبة تلاحظ في توزيع القيمة، وكذلك في باب الاجارة وغيرها، كما ان الانفراد قد يجب تنزل الارفع وترفع الانزل ، ويأتي مثل الكلام في

اشتراء الثوبين فيما اذا استأجرا شيئاً ،كما اذا ركبت عائلتان سيارة بالاجرة عائلة ثلاثة وعائلة خمسة فأخذ صاحب السيارة منهما ثمانية أقلها لاكثرهما وأكثرها لاقلهما ، لان الاقل أثرياء والاكثر فقراء ، وصاحب السيارة يأخذ من الفقراء أقل مما يأخذ من الاغنياء ، أو ان صاحب السيارة أخذ الثمانية الاكثر من الخمسة للخمسة والاقل من الثلاثة للثلاثة بسبب ان صاحب السيارة يأخذ من الاكثر عائلة أكثر من النسبة التي يأخذها من الاقل عائلة،كما يتعارف ذلك في الدور مثلا اذا آجروا الدار لنفرين يأخذون منهما دينارين في الشهر أما اذا آجروا الدار لخمسة يأخذون منهم عشرة دنانير في الشهر .

ثم في مسألة الثوبين هل يباعان منفردين أو منضمين؟ المشهور لم يفرقوا بين البيعين ، لكن في التذكرة انه ان بيعا منفردين وتساويا في الثمن فلكل واحد ثمن ثوب ، ولااشكال، وان اختلفا ، فالاكثر لصاحب الاكثر قيمة، وكذا الاقل، بناءاً على الغالب، وان بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة الاجبار كما لوامتزج الطعامان، قسم الثمن على رأس المال ، وهكذا في القواعد قال : ويباع الثوبان مع الاشتباه معا ان لم يمكن الانفراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر ، فان بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه وان تفاوتا ، فالاقل لصاحبه .

وقد أوضحه في مفتاح الكرامة بقوله : انهما ان بيعا مجتمعين ، حيث لايمكن الانفراد بأن يباع كل واحد وحده لعدم الراغب وتعاسرا بمعنى لم يخير أحدهما صاحبه صار كالمال المشترك شركة اجبارية،كما لوامتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال وعليه تنزل الرواية ، وان أمكن بيعهما منفردين وجب ، فان تساويا فلكل واحد ثمن ثوب، وان اختلفا فالاكثر لصاحب الاكثر

والاقل لصاحب الاقل ، بناءاً على الغالب من عدم الغبن ، وان أمكن خلافه الا انه نادر لاأثر له شرعاً ويلزم على ماذكره في التذكرة ماذكره من ترجيح أحد الامرين من بيعهما معا أو منفردين ، اذالحكم مختلف فتتحذ العبارتان ـ انتهى مافي مفتاح الكرامة .

والظاهر ان العلامة نظر الى انه قديكون بسبب الاجتماع تفاوت ، بخلاف ما لو انفرد بيع كل واحد منهما ، وهذا صحيح فيما اذا كان الامر كذلك ، أى كان الانفراد سببا ، لوضوح قيمة كل واحد منهما ، بينما الاجتماع يسبب عدم معرفة قيمة كل واحد منهما لامكان التنزل ، أو الترفع بسبب الاجتماع امكاناً عرفياً لاامكاناً نادراً عقلياً .

ومنه يعرف ان اشكال الدروس على العلامة بأن الرواية مطلقة في البيع، ويلزم على هذا ترجيح أحد الامرين من بيعهما معا أومنفردين ، اذ الحكم مختلط، غير ظاهر الوجه، كما ان اشكال الجواهر على العلامة بعد نقله عبارة التذكرة : بأنه كالاجتهاد في مقابلة النص المعتضد بفتوى المعظم المقتضى صيرورتهما بمثابة الشريكين على كل حال ـ انتهى، محل نظر.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فيما ذكره جامع المقاصد بقوله : فعلى هذا يكون مورد الرواية ما اذا تساوت القيمتان فيبقى ما اذا تفاوتا خالياً عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف ، اذ لارادله ، وقول ابن ادريس بالقرعة وان كان له وجه ، الا ان مخالفة النص وكلام الاصحاب مشكل ، ولذا قال في مفتاح الكرامة انه لايتجه ما نبه عليه الشهيد ، وذكره المحقق الثاني لانه اذا كان موردها كذلك عند الابتياع والبيع الثاني كيف يصح القسمة اخماسا ، بل

يجب أن تكون بالسوية وقوله في جامع المقاصد (يبقى ما اذا تفاوتا الى آخره): فيه انه لاوجه له لوجوب البيع مجتمعين اذا تفاوتا ولم يمكن الانفراد من دون رضاهما، خصوصاً مع تعلق غرضهما بالانتفاع بهما للكسوة أو القنية، والمفروض انه لانص حتى نعمل به تعبداً كما عمل به المشهور الى آخر كلامه .

وكيف كان ، فالاقرب ان الرواية صغرى من صغريات القاعدة العقلية التي أيدها الشارع في غير مورد مما استفيد منها قاعدة العدل فلا يختلف الامر بالاجارة أو المضاربة أو الرهن أو البيع أو غيرها ثياباً أو غير ثياب كما المعنا الى بعض الامثلة فيما تقدم .

فقول الدروس من انه ان عملنا بالرواية ، ففي تعديها الى الثياب والامتعة والاثمان المختلفة نظر من تساوي الطريق في الجميع وعدمه ، والاقرب القرعة هنا محل نظر ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: انه مخالف لقولهم عليهم الصلاة والسلام : (علينا ان نلقى اليكم الاصول وعليكم ان تفرعوا)[1] . (ولا يكون الفقيه فقيهاً حتى نلحن له في القول فيعرف ما نلحن له)[2] ولظهور ارادة التعليم منها، مؤيداً ذلك كله بموافقة ما فيها للاعتبار ومناسبة لماسمعته سابقاً مما شرع لقطع التنازع والتخاصم ، فالاقوى حينئذ التعدية ـ انتهى .

والظاهر ان مراد الجواهر من قولهم : علينا أن نلقى اليكم الاصول ان القاعدة المستفاد من هذه الرواية أصل ، فالعمل في سائر الموارد انما هو

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٤١ الباب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٥١ .

(٢) أنظر : المستدرك : ج ٣ ص ١٩٥ الباب ١٥ من أبواب صفات القاضي ح ٦

من الأصل المستفاد من الرواية ، والافظاهر ان نلقى اليكم الاصول ، الاصول الكلية مثل قاعدة الحل ، وقاعدة الطهارة وغيرهما ،كما ان مراده من الرواية الثانية (ان هذا من اللحن) اذ ظاهر اللحن غير مثل ذلك كدلالة الاقتضاء ، والمفهوم ونحوهما .

ثم ان الحاكم الشرعي لاحق له في جبرهما بالبيع عند الاختلاف اذا لم يرضا بالبيع، أو لم يرض أحدهما بالبيع، مثلا أراد صاحب الثلاثة ان يستعمل الثوبين ثلاثة أيام وصاحب الاثنين أن يستعملهما يومين ، فان ذلك مقدم على البيع حيث ان الانسان له السلطة على عين ماله وعلى ثمنه ، فاذا تمكن الاستفادة من العين ويرتفع بذلك الاختلاف يكون مقدماً على ذهاب العين ، والاستفادة من الثمن فحسب .

وعليه فلو اختلفا فأراد أحدهما الانتفاع ثلاثة أيام ويومين وأراد الاخر البيع لاخذ الثمن يمكن ان يقال بتقدم من يريد بقاء العين الا أن يكون في بقاء العين والتقسيم بالانتفاع ثلاثة أيام ويومين محذور أو يرى العرف التساوي بين الامرين بيعاً واستفادة ، أو يرى تقديم البيع على الاستفادة ، لان الاستفادة تبقى النزاع ، بينما البيع يقطع النزاع فانه في مثل هذه الفروض يقدم البيع .

وحيث قد عرفت في المسألتين السابقتين المرتبطتين بالدرهمين والدرهم ان بعض الموارد من مواضع النزاع وبعض الموارد ليس كذلك، يظهر وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال : في أخير هذا البحث : وربما ظهر من الحكم في هذه المسألة انه من بيان موضوعات الاحكام لامن باب المرافعات

ضرورة عدم ميزان الحكم فيهما من البينة واليمين ولعل الامر في المسائل السابقة كذلك أيضاً ، فلا يتوجه ماسمعته سابقاً من بعضهم من اليمين - انتهى .

اذ جعل المسائل الثلاث من واد واحد غير ظاهر الوجه ، ففي المسألتين السابقتين أحياناً تأتي مسألة البينة واليمين .

نعم فيما نحن فيه لامجال للبينة واليمين الا اذا اختلفا أيضاً اختلافاً في أن أيهما صاحب الثلاثة وأيهما صاحب الاثنين .

ثم لافرق بين أن تكـون البضاعتان متجانستين كثوب وثوب أومختلفتين كثوب وكتاب ثم مات المالكان مثلا ولم يدرورثتهما ان أيهما الايهما، وكذلك لا فرق بين أن يكون ثوب وثوب أو ثوبان وثوب مثلا اشترى أحدهمـا ثوبين والاخر ثوباً ثم شكا في ان أيهما اشترى الثوبين وأيهما الثوب الواحد، وكذلك بالنسبة الى ورثتهما بعد موتهما وما أشبه .

ثم الظاهر ان الحاكم الشرعي يصح له أن يصلح بين المتخاصمين صلحاً وان كان يرى ان الحق مع أحدهما اذا رضيا بذلك وذلك للاصل ، بالاضافـة الى ما رواه المفيد في الاختصاص بسنده الى أبـي عبدالله وأبي جعفر عليهما السلام قالا : اجتمع رجلان يتغديان مع واحد ثلاثة أرغفة ومع واحـد خمسة أرغفة ، قال فمر بهما رجل فقال: السلام عليكما ، قالا : وعليك السلام، الغداء رحمك الله قال : فقعد وأكل معهما ، فلما فرغ قـام وطرح اليهما ثمانية دراهم ، فقال هذه عـوض لكما بما أكلت من طعامكما ، قال : فتنازعا بها ، فقـال صاحب الثلاثة : النصف لي والنصف لك ، وقال صاحب الخمسة : لي خمسة بقـدر خمستي، ولك ثلاثة بقدر ثلاثتك فأبيا وتنازعا بها حتى ارتفعا الى أمير المؤمنين عليه السلام فاقتصا عليه القصة فقال : ان هذا الامر الذي انتما فيه دنيء لاينبغي أن ترفعا فيه الى حكم .

ثم أقبل علي عليه السلام الى صاحب الثلاثة فقال : أرى ان صاحبك قد عرض عليك أن يعطيك ثلاثة وخبزه أكثر من خبزك فأرض به ، فقال : لا والله يا أميرالمؤمنين لاأرضى الا بمر الحق قال : فانما لك في مر الحق درهم فخذ درهماً وأعطه سبعة ، فقال : سبحان الله يا أمير المؤمنين عرض علي ثلاثة فأبيت وآخذ واحداً ، فقال : عرض ثلاثة للصلح فحلفت ان لاترضى الا بمر الحق ، وانما لك بمر الحق درهم ، قال فاوقفني على هذا ؟ قال عليه السلام: (ألست تعلم ان ثلاثتك تسعة أثلاث؟ قال: بلى، قال: أولست تعلم ان خمسته خمسة عشر أثلاث؟ قال : فذلك أربعة وعشرون ثلثا أكلت انت ثمانية وأكل الضيف ثمانية وأكل هو ثمانية فبقي من تسعتك واحداً أكلها الضيف وبقي من خمسة عشرته سبعة أكلها الضيف فله بالسبعة سبعة ولك بالواحد الذي أكل الضيف واحد)[1].

فان الامام عليه الصلاة والسلام مع علمه بأن الحق كيف حبذ اليهما الصلح ولعل ذلك من جهة ان الحق أصعب من الصلح ، حيث بالصلح بتراضيان، أما بالحق يرى من له الاقل انه أقل نصيباً مما يثيره ضد صاحبه ،كما قال سبحانه : ﴿ أم يحسدون الناس على ما آتاهم الله من فضله ﴾[2] فان غير المتدين غالباً لايرضى بالحق الذي هو أقل مما يتصوره أو مما يريده كما هو واضح ، فالصلح فيه فضيلة عدم الاثارة بالنفوس .

وكذلك في سائر أبواب المحاسبات يصح للحاكم الصلح بينهم ، كما يصح ايقافهم على الحق واعطاء كل واحد حقه ،كما ورد في قصة النوق السبعة عشر مع ثلاثة ملاك كان أحدهم يريد نصفها والاخر ثلثها والثالث سدسها ،

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٦ من أبواب الصلح ح ١ .
(٢) النساء : آية / ٥٤ .

حيث ان الامام عليه الصلاة والسلام أعطى من يريد النصف تسعة ، ومن يريد الثلث ستة ، ومن يريد السدس ثلاثة فزعم كل واحد منهم انه أعطاه أكثر بينما الامام عليه الصلاة والسلام لم يعط كل واحد الا بقدر حقه وذلك بأن جعل ناقته مع تلك فصارت ثماني عشرة في قصة مشهورة .

ولايخفى انه يمكن معرفة المحاسبات في المسائل التي ذكرناها بسبب حساب الخطأين كما يمكن معرفتها بالاربعة المتناسبة على ماذكره الشيخ البهائي (رحمه الله) في الخلاصة وغيره في غيرها .

(مسألة ـ٨ـ) قال في الشرائع: واذا بان أحد العوضين مستحقاً بطل الصلح.

أقول : من غير فرق في ذلك بين أن يظهر كونه غير قابل للملك كالخمر والخنزير على تفصيل ذكرنا فيهما في بعض المباحث السابقة ، أو كان قابلا للملك ، لكن كان للغير ولم يرض ذلك الغير بالصلح .

أما اذا رضى ذلك الغير بالصلح كان كالفضولي الذي يجاز فلاحق للطرف الاخر في فسخ الصلح، اذ الصلح لازم، واذا كان أحد العوضين أو كلاهما كلياً، وانما أعطى من باب المصداق لم يوجب فساد المصداق فساد أصل الصلح ، وانما على الذي أعطى الفاسد أن يبدله بشيء آخر .

قال في الجواهر في شرح العبارة المتقدمة : بلاخلاف ولا اشكال ضرورة انهما من أركان هذا الصلح الذي قد وقعافيه ، وان لم نقل انه يعتبر في الصلح العوض لقيامه مقام الهبة والعارية الا ان الحكم بصحته منهما هنا غير ما قصدا فيه ، فالمقصود حينئذ لم يصح بالفرض والذي فرض صحته غير مقصود ـ انتهى.

ويريد بذلك انه غير داخل في كلي اوفوا بالعقود [(١)] ، لان ماوقع لم يقصد وماقصد لم يقع، والذي ذكرناه هو دليل هذه القاعدة المحكية عن غير واحد من الفقهاء والا فلم نجد بذلك رواية .

لايقال : فكيف لايبطل النكاح بسبب فساد المهر .

لانه يقال : المهر ليس بركن ، وانما الركنان هما الرجل والمرأة .

نعم اذا كان العقد مقيداً بالمهر كان دليل الصحة مع فساد المهر النصوص الخاصة ، والا فمقتضى القاعدة لولا النصوص الفساد لانه يأتي هنا ايضاً عدم

---

(١) المائدة : آية / ١ .

كونه عقدهم ، فالمقصود لم يقع والواقع لم يقصد ، كما ان المهر اذا كان جزءاً ، أو شرطاً كان مقتضى القاعدة مع فساده خيار تبعض الصفقة أو خيار تخلف الشرط ، لكن في النكاح لايدخل الخيار الا في موارد خاصة حسب النصوص الخاصة ،فلايقاس مقام الصلح بمقام النكاح مما فيه نص خاص .

ولذا قال في الجواهر : لايقاس ماهنا على المهر في النكاح الذي فساده فيه لايقتضي فساد العقد باعتبار كونه ليس من الاركان فيه ، بل يرجع الى مهر المثل لمنع القياس أولا ، ولعدم عوض مقرر شرعاً هنا كمهر المثل يرجع اليه عند فرض عدم المهر ثانياً ، ولكون المهر في عقد النكاح بعد ان دل الدليل على عدم فساد العقد بفساده صار كالملتزم المستقل عند العقد بالنسبة الى حكم المزبور بخلاف المقام الذي لادليل فيه كذلك ، وان ثبت وقوع الصلح بلا عوض كما هو واضح ـ انتهى .

لكن لايخفى ما في الوجهين الاولين من جواب الجواهر من النظر، اذ بعد عموم دليل يشمل النكاح والصلح ليس الامر من القياس حتى لايقال به ووجود عوض مقرر شرعاً كمهر المثل في النكاح دون المقام لايوجب أن يكون العقد عقدكم،وانما الفرق هو ماذكره ثالثاً من الدليل الخاص في باب عقد النكاح .

ثم ان المسالك قال : ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ ، وفي تخييره بينه وبين الارش وجه ولو ظهر غبن لايتسامح بمثله ، ففي ثبوت الخيار وجهان أجودهما ذلك دفعاً للاضرار ، وان لم يحكم بالفرعية وهو خيرة الدروس ، وقد تقدم في خيار العيب من البيع انه لانص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الادلة العامة ـ انتهى .

وما ذكره هو مقتضى القاعدة بالنسبة الى العيب للادلة العامة ، والظاهر

انه ايضاً مخير بينه وبين الارش ،وذلك لان الشارع انما أمضى الصلح العرفي فيرجع في الموضوع الى العرف والعرف يرون التخيير بينه وبين الارش ، وكذلك بالنسبة الى الغبن الذي لايتسامح بمثله،واللازم تقييد ذلك بعدم التسامح في الصلح بمثله لماعرفت سابقاً من انه فرق بين الغبن الذي يتسامح في العرف بمثله بين البيع والصلح ، وكذلك بالنسبة الى الغرر كما تقدم ذلك في الفرق بين الغرر البيعي والغرر الصلحي .

ومن ذلك يعرف وجه ماذكره الجواهر من قوله: مماتقدم يعلم ثبوت كل خيار في البيع في الصلح اذا كان دليله قاعدة نفي الضرر أو غيرها مما يصلح لتناول الصلح كخيار الغبن الذي قد صرح بثبوته هنا غير واحد لتخلف الوصف وعدم الوفاء بالشرط واشتراط الخيار ونحو ذلك، بخلاف ما اختص دليله بالبيع كخيار المجلس والحيوان ونحوهما ، بناءاً على عدم فرعية الصلح للبيع ـ انتهى .

نعم ما ذكره الجواهر من ان في تخييره في باب العيب بين الفسخ وبين الارش اشكالا أقواه العدم لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل بالبيع الذي لا يدخل فيه الصلح على الاصح ، ودعوى ان ثبوته ايضاً من قاعدة نفي الضرر كالخيار واضحة المنع ضرورة وانها لا تقتضي الا عدم اللزوم المترتب عليه الضرر ـ انتهى .

فيه نظر ، لا من جهة اثبات التخيير بقاعدة نفي الضرر ، بل لما عرفت من العرفية بعد تصحيح الشارع للصلح من غير تقييد مما يرجع فيه الى العرف .

ثم ان مقتضى القاعدة انه اذا تلف المصالح عنه قبل القبض، فهو ممن انتقل المال اليه ، أما دليل التلف قبل القبض فهو من مال مالكه ، فهو خاص بالبيع ، فلا

يأتي هنا ذلك الدليل لما قد عرفت من ان الصلح ليس فرعاً ، وانما هو أصل برأسه ،فمقتضى القاعدة أن يحكم فيه حسب القواعد الاولية ،بل في باب البيع كذلك ايضاً القاعدة الاولية تدل على ان التلف من مال المنتقل اليه لا المنتقل عنه لولا الدليل الخاص .

وقد عرفت انه يدخل فيه ايضاً خيار تبعض الصفقة ،كما انه اذا صالح مشاعاً فتبين انه قد تلف بعضه أو كان للغير قبل الصلح فيدخل فيه ايضاً خيار تبعض الصفقة ، أما اذا كان على نحو الكلي في المعين وقد تبين انه قد تلف قبل الصلح ، فان الصلح لايتضرر بذلك بعد أن بقي من الشيء الكلي بمقدار العين التي صولح عليها فالكلي في المعين حاله حال الكلي في الذمة من هذه الجهة في هذه الصورة .

وكما يصح جعل خيار الشرط لنفس المصالح كذلك يجوز جعله للاجنبي أوهما مشتركا، لاطلاق أدلة خيار الشرط واو أخذ العين المصالح وأتلفها ثم تبين أنه كان بها عيب يستحق الارجاع وفسخ الصلح كان له الفسخ والرجوع الى عينه واعطاء القيمة كما ذكر مثله في باب البيع .

ثم قال في الجواهر: ولافرق عندنا بين القصاص وغيره في الحكم بالبطلان مع علم المصالح بفساد العوض، خلافاً لبعض العامة فأسقط القصاص به ، وهو كما ترى مقتضى لترتب الاثر على الفاسد ـ انتهى . وهو كماذكره الجواهر .

ولو جهل الحق فتصالحا على شرط أن يبقى الحق مجهولا فتبين الحق كان لهما خيار الفسخ بسبب الشرط .

نعم اذا لم يفسخ من له الشرط بقى الصلح على حاله ،لان خيار الشرط لايوجب الالزام الا اذا كان هناك ولي يجب عليه أن يعمل بالمصلحة وفرض

كون المصلحة في الفسخ، فانه ملزم بالفسخ لئلا يضيع حق الصغير أو القاصر أو الغائب فيما اذا صالح الحاكم الشرعي ، الى غيرهم من الاولياء .

ثم ان الشرائع قال: ويصح الصلح على عين بعين ، أومنفعة وعلى منفعة بعين أو منفعة .

أقول : وكذلك يصح أن يكون أحد الطرفين أوكلاهما حقاً ، وذلك لما ذكره الجواهر وغيره للعمومات المقتضية لذلك ولغيره ، ويكون الصلح عن الحق اسقاطاً أو نقلا كحق الخيار وحق التحجير وحق الشفعة وحق السبق وغيرها، والظاهر انها تقتضي صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز اسقاطه أو نقله شرعاً ،ولذلك أفراد كثيرة كحق السبق والوقوف وحق القذف والغيبة وحق الرجوع في الطلاق في البذل وغير ذلك .

أما ان الحق ماهو وفي اين هو وهل هو حق يصح صلحه واسقاطه وبيعه أوحكم لايسقط؟ فالمرجع في كل ذلك الى العرف كما ذكرنا شيئاً من تفصيل ذلك في [كتاب الارث] في ارث الحقوق ، فاذا شككنا في ان الحق هل هو قابل للاسقاط أم لا ؟ أوهل هو قابل للنقل أولا ؟كان المرجع العرف في انهم يرونه قابلا للاسقاط أو للنقل أم لا .

ومنه يعلم، وجه النظر في قول الجواهر: نعم الظاهر في كثير من الحقوق صحة الصلح لاسقاطها لانقلها ، بل لوشك فيه أمكن القول بعدم مشروعيته بعمومات الصلح ـ انتهى .

كما يعلم ان الحق لايلزم أن يكون ملكاً، بل ملك أن يملك مثلا له الحق في تزويج هذه المرأة، أو في السبق الى هذا المكان ، أو في اصطياد السمك ويريد غريمه أن يعمل هذا العمل فيصالحه على أن يرفع اليد عن ذلك ، فلا

يخطب الفتاة ولايسبق الى ذلك المكان ، ولايلقى شبكته في البحر ليصيد ؛ اذ الحق قد يكون ملكاً فعلياً ، وقد يكون ملك أن يملك .

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولوصالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح ، وان لم يكن تم قبض في المجلس لماعرفت من عدم كون الصلح فرعاً للبيع عندنا، وانه لايعتبر فيه مايعتبر في بيع الصرف على الاشبه باصول المذهب وقواعده،وكذا لوقام مقام بيع السلم لايعتبر فيه قبض العوض في المجلس، الى غير ذلك من الأحكام المختصة بالبيع حتى الربا، بناءاً على انه منها ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ولوصالح على عين باخرى في الربويات ، ففي الحاقه بالبيع نظر) كما في التذكرة ومنشأ النظر في الكتابين من امكان اختصاص الربا بالبيع، لانه المتبادر من الاطلاق، وكذا القرض ويبقى غيرهما على أصل الاباحة مؤيداً بظواهر الايات والاخبار الدالة على حصول الاباحة بالتراضي وعلى حصر المحرمات ، وليس هذا منها ، وان الناس مسلطون على أموالهم[1] خرج البيع والقرض وبقى الباقي ، ومن ان ظاهر قوله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾[2] يقتضي تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعاوضات. وقول الصادق عليه السلام لعبد الرحمن بن الحجاج لما سأله أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير لايجوز الامثلا بمثل[3] . وترك الاستفصال دليل العموم .

وقوله ايضاً في صحيحة الحلبي الفضة بالفضة مثلابمثل ليس في زيادة ولا

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

(٢) البقرة : آية / ٢٧٥ .

(٣) الوسائل : ج ١٢ ص ٤٣٨ الباب ٨ من أبواب الربا ح ٢ .

نقصان الزائد والمستزيد في النار[١]، ثم قال : والقائل بالجواز المصنف فـي الارشاد والكتاب وصلح المختلف وظاهر من الشرائع وصلح التحرير في مواضع وجامع المقاصد وهو ظاهر كل من فسره بأنه شرعا بيع أحد المتماثلين بالاخر مع شرائط أخر حيث أخذوا في تعريفه البيع دون المعاملة ، وأما القول الثاني وهو انه ثابت في كل معاوضة من صلح وغيره ، فهو خيرة الاكثر كما في آيات الاردبيلي المسماة بمجمع البرهان فـي فقه القرآن وهو المحكى عن السيد والشيخ والقاضي وابن المتوج وصريح الايضاح والدروس والمهذب البارع والمقتصر وايضاح النافع والروضة والمسالك والشرائع في باب الغصب وفي جامع المقاصد ان فيه قوة وتمسكا بجانب الاحتياط وجزم به في باب الربا .

وأما الشيخ والقاضي فان صح ما حكى عنهما من جعله بيعاً أو فرعاً له فلا اشكال في تحريم الزيادة عندهما ـ انتهى .

لكن الظاهر كما ذكرناه في باب الربا عدم دخول الربا في مثل هذه الامور اذا كان الامر عقلائياً يشمله أوفوا بالعقود ، اذ لا دليل على الدخول، وماذكر من أدلة الدخول ضعيف سنداً أو دلالة ، وحيث ان تفصيل الكلام في هذا البحث في باب الربا نتركه لهناك .

نعم اذا قلنا بدخول الربا هنا كان متوقفاً على وجود شرط الربا،فكما لا ربا بين الوالد والولد وبين الكافر والمسلم الى غير ذلك ،كذلك لايكون محذور في الصلح الربوي هنا ايضاً ، وكذلك اذا كان أحد الطرفين في الصلح معدوداً ، حيث يشترط في الربا كونه مكيلا أو موزوناً ، وقد ذكرنا في باب الربا وجه اشتراط الشارع الكيل والوزن دون العد .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٤٥٦ الباب ٩ من أبواب الصرف ح ١ .

(مسألة ـ٩ـ) قال في الشرائع : ولو أتلف على رجل ثوباً قيمته درهم فصالحه عنه على درهمين صح على الاشبه ، لان الصلح وقع عن الثوب لاعن الدرهم ـ انتهى .

أقول : بل وحتى اذا قيل ان الصلح وقع عن الدرهم ايضاً لابأس به ، لما عرفت فيما تقدم من ان الصلح لادليل على دخول الربا فيه ، وانما الربا خاص بالبيع، وليس الصلح فرعاً . نعم عند من يرى الصلح فرعاً أو يرى دخول الربا في كل معاملة لايصح هذا .

ومنه يعلم ان ماذكره المسالك تبعاً للدروس وجامع المقاصد من انه يتوقف على كون الثابت في الذمة العين أو المثل، غير ظاهر قال: هذا انما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ، ويكون الثابت في الذمة ثوباً ، ويكون هو متعلق الصلح .

أما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمة المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل وهو الاقوى ، بل في الدروس انه لذلك أبطله في الخلاف والمبسوط ـ انتهى كلام المسالك .

أما اشكال الجواهر عليه بقوله : وفيه ان المعلوم من مذهب المصنف ضمان القيمي بقيمته لا بمثله الذي هو مذهب النادر وليس ما في كلام المصنف والفاضل، بل المشهور كما سمعت مبنياً على ذلك ، بل هو أما لان الثابت القيمي في الذمة نفسه كما هو مقتضى قوله عليه السلام : على اليد ما أخذت[1] وقوله عليه السلام : من أتلف[2] الى آخره .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح ١٢ وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١٠ ح ١ .

وان كان الواجب دفع القيمة عنه عوضاً شرعياً لعدم امكان أداء نفسه وعدم معرفة القيمة له حتى يكون أقرب من القيمة ، فاصلح حينئذ اذا وقع يقع عنه لاعن قيمته ، وليس هذا قولا بكون القيمي يضمن بمثله الذي هو معنى وجوب تأدية المثل التسامحي عرفاً ، أو لانه وان قلنا بكون الثابت في الذمة قيمته الا انها غير متعينة في خصوص الدراهم ، وان كان لو أديت منها كانت قيمته درهماً ، ومن الدينار كذا ، ومنهما كذا ، وهذا لايقضي بكون الثابت في الذمة الدرهم بخصوصه كي يستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا لكون الصلح فرع البيع ، أو لان الربا يعم المعاوضات أجمع فيكون المراد من الثوب في المتن قيمته حينئذ، ولعل غرض المصنف والفاضل وغيرهما ممن تعرض لهذه المسألة التعريض بما سمعته من الخلاف والمبسوط .

نعم قد يقال بعدم الصحة على هذا الوجه لو فرض ان النقد الغالب من جنس ما صالح به ، بناءاً على كونه حينئذ هو الثابت ، بخلاف ما اذا تعدد الجنس واستويا بأن كان دراهم ودنانير ـ انتهى .

ففيه مواضع للتأمل ، اذ مراد المسالك وغيره بضمان القيمي بمثله أعم من العين أو المثل بقرينة انهم في صدد ان لايكون ضمان القيمي بالقيمة حتى يكون ربي فليس المراد بالمثل خصوص المثل في مقابل العين، والظاهر من الادلة والعرف هو ان الثابت في الذمة نفس الشيء فليس ثبوت ضمان ما يسمى بالقيمي بالقيمة هو كونه مضموناً بها فيكون الضمان بالنفس ، لكن حين لا يتمكن وقت الاداء من الاداء بنفسه، فاللازم عليه حينه اعطاء قيمة الثابت في الذمة كما رجحناه في ضمان القيمي في [كتاب الغصب] .

بل وهذا هو ما يراه العرف حيث يقول: اطلب من فلان جوهراً كذا أو حيواناً

كذاأوماأشبه ، والمثل انما يجب في المثل لان المثل أقرب والافما تعلق بالذمة في المثلي أيضاً هوالعين لاالمثل، فان العرف يرون فى باب الضمانات خمسة امور : العين أولا اذا كان موجـوداً . ثم المثل ثانياً ، ثم الاقرب الـى المثل كالبيض والجوز والخبز الاصغر والاكبر في الجملة كما ورد في باب القرض ثالثاً ، والقيمة المجردة رابعاً ، والقيمة في ضمن شيء آخر اذا لم يتمكن مـن القيمة المجردة مثل اعطاء السكر بدل الشاي مثلا خامساً ، فقول المسالك هو مقتضى القاعدة .

أما الاحتمال الثاني في الجواهر بقوله (او لانه وان قلنا بكون الثابت في الذمة قيمته) الى آخره ، فانـه بعيد عن ظاهر كلام المحقق حيث قـال : لان الصلح وقع عن الثوب ، وأبعد منـه احتماله الثالث بقوله : أو لان الربا يعـم المعاوضات أجمع فيكون المراد من الثوب في المتن قيمته حينئذ .

(مسألة ـ ١٠ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو أدعى داراً فأنكر من هي في يده ثم صالحه المنكر عن اسقاط دعواه على سكنى سنة مثلا صح بلا خلاف ولااشكال عندنا ، ولم يكن لاحدهما الرجوع عن ذلك لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمة، وكذا لو أقرله المدعي بالدار ثم صالح المنكر المدعي المقر على سكنى سنة أو ان المراد أقر من هي في يده ثم صالحه المقرله على سكنى المقر سنة ـ انتهى .

وحيث قد تقدم ان الصلح يعطي فائدة كل عقد من العقود ، بل وكذلك مثل فائدة الابراء ونحوه لا يأتي احتمال انه كيف يمكن الصلح اذا أقر ساكن الدار على انها للمدعي بتوهم انه يلزم أن يكون للصلح طرفان ، وذلك لان الصلح في المقام انما يعطي فائدة العارية أو الهبة .

وكأنه لدفع هذا التوهم قال في الجواهر : وعلى كل حال ، فهو صحيح بناءاً على عدم اعتبار العوض في صحته ، بل ولازم بناءاً على ما سمعت من كونه عقداً مستقلا برأسه مندرج تحت اوفوا بالعقود وغيره من الادلة .

ومما تقدم يعرف وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال : انما الكلام في صحة هذا الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض ، وكذا الصلح القائم مقام الهبة ،كما لو قال : صالحتك عن هذه الدار ، فيقول الاخر : قبلت نحو قوله في القائم مقام العارية: صالحتك عن منفعة هذه الدار سنة مثلا فيقول الاخر: قبلت فيصح صلحاً لازماً وهكذا فان ما في الدروس صريح في التردد فيه ، بل صرح الفاضل في غير واحد من كتبه ان من أركانه المصالح منه والمصالح به ،بل في موضع من التذكر انه معاوضة اجماعاً .

بل أرسله الكركي وغيره ارسال المسلمات ، فان قيل عليه ان الصلح اذا

وقع موقع الابراء كما لو صالحه من الحق على بعضه، فانه صحيح لعموم شرعية الصلح، وليس فيه عوضاً؟ قلنا: يكفي في المغايرة الجزئية والكلية، بل ربما كان في قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض﴾ (١) اشعار به بناءاً على ارادة المعاوضة من التجارة، وان كان فيه ما فيه، كما ان في الاكتفاء بالجزئية والكلية في تحقق المعاوضة ما لا يخفى والا لكفت في غير الصلح من عقودها على انه لا يتم في القائم مقام العارية كما في نحو المقام، الى آخر كلامه.

فان مقتضى كلماتهم كما هو مقتضى اطلاق الصلح في الادلة على ما عرفنا الصلح في أول الكتاب انه يقوم مقام كل العقود والايقاعات التي لا دليل على اختصاصها بصيغة خاصة كالنكاح والطلاق حيث لا يمكنان بسبب الصلح.

أما الابراء والعارية والهبة وغيرها فكلها صحيحة بالصلح كصحة المعاوضات مثل المضاربة والمزارعة والمساقات والجعالة والهبة المعوضة والبيع والشراء والرهن وغير ذلك، وكلماتهم وان لم تدل بعضها على ذلك كما في بعض العبارات التي تقدمت من الفاضل وغيره الا ان بعضها الاخر صريح في صحة ذلك، وقد عرفت في كلام الجواهر عدم امكان التمسك بمثل لا تأكلوا أو بالكلية والجزئية للاشكال أو للتصحيح، وفي الروايات ورد شبه ذلك.

فعن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما الصلاة والسلام، انهما قالا: في الرجل يكون عليه دين الى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: انقدني من الذي لي كذا وكذا، وأضع لك بقيته أو يقول: انقدني بعضاً وامد لك في الاجل فيما بقي عليك؟ قال: لا أرى به بأساً ما لم يزدد على رأس ماله شيئاً يقول

---

(١) النساء: آية/٢٩.

الله : ﴿لكم رؤس أموالكم لاتـظلمون ولاتـظلمون﴾[1] [2].

وعن أبان ،عمن حدثه ،عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الاجل : عجل لي النصف من حقي على أن أضع عنك النصف أيحل ذلك لواحد منهما؟ قال عليه الصلاة والسلام: نعم[3].

وعن دعائم الاسلام، عن جعفر بن محمد عليهما السلام ،انه سأل عن الرجل يكون لـه على الرجل الدين الى أجـل فيأتي غريمه فيقول :عجل لي كذا وكـذا وأضع عنك بقيته أو أمد لك في الاجل؟ قال: لابأس به ان هو لم يزد على رأس ماله[4].

وعن ابن ابي جمهور في درر اللئالي ، عن النبي صلى الله عليه وآله ، انه قال لكعب ابن مالك وقد تقاضا غريماً له : اترك الشطر واتبعه ببقيته فخذه[5].

بل قد عرفت ان الصلح أمر عرفي قرره الشارع ، وحيث ان العرف يرون صحة الصلح كذلك كان مقتضى القاعدة ان الحكم الشرعي ايضاً على صحـة مثل هذا الصلح ، بـل هو الظاهر مـن العلامة وغيره فقد قال في القواعـد : فأن ألحقنا الصلح بالمعاملات الاخر فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حالة.

وفي مفتاح الكرامة أي ان ألحقنا الصلح بالبيع في تحريم الربا فسد هذا الصلح المذكور ، كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد ، لكنه نص على صحة هذا الصلح في التحرير وهو قضية كلام المختلف وأبي علي وفي

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢ .

(٢) البقرة : آية / ٢٧٩ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٦٨ الباب ٧ من أبواب الصلح ح ٢ .

(٤) المستدرك : ج ٢ ص ١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢ .

(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٣ .

الدروس نسبته الى اطلاق الاصحاب وجزم في المبسوط بفساد المعاملة على الدراهم ببعضها مطلقاً ـ انتهى .

أقول : وحيث ان العلامة لايرى الفرعية لما تقدم ، وكذلك المشهور ، فمقتضى القاعدة صحة مثل هذا الصلح ، واي فرق بين مثل هذا الصلح وبين ما ذكره المحقق .

ومافي الدروس: اذاصالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا صح اذاكان بغير جنسه ، واطلق الاصحاب الجواز ، أما لان الصلح ليس معاوضة ، أولان الربا مختص بالبيع، أولان النقيصة في مقابلة الحلول، فقد عرفت فيما سبق انه لافرق بين الصلح بالجنس وبغير الجنس .

ومنه يعلم ، ان قول الدروس ايضاً في الاشكال في مثل ذلك الا أن يكون من باب الابراء غير ظاهر قال : فيما حكى عنه لو صالح عن الربوى بنقيصة من جنسه روعي أحكام الربا لانها عامة في المعاوضات على الاقوى الا ان تقول الصلح هنا ليس معاوضة، بل هو في معنى الابراء وهو الاصح ، لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لكعب بن مالك : لما تقاضى ابن أبي حديد ديناً كان له في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وآله فخرج اليهما فنادى يا كعب ، قال : لبيك ، قال : فأشار اليه ان ضع الشطر من دينك واتبعه بالباقي، قال : قد فعلت اترك الشطر واتبعه ببقيته [(١)]

وروي ذلك عن الصادق عليه السلام ، وينبغي أن تكون صورته صالحتك على ألف بخمسمائة ، فلو قال: بهذه الخمسمائة ظهرت المعاوضة ، والاقوى جوازه أيضاً لاشتراكهما في الغاية [(٢)] ـ انتهى .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ١٩٩ الباب ٤ من أبواب الصلح ح ١ .

فان الدروس يرى ان الصلح أصل برأسه، فكيف يقول : انه ليس معاوضة بل في معنى الابراء ، وقد عرفت فيما سبق ان دخول الربا في كل المعاوضات غير ظاهر .

ثم ان الفرق بين الصلح والابراء هو ماذكره في الجواهر تبعاً للدروس من الافتقار في الصلح الى قبول الغريم ، وان لم يشترط في الابراء ، ولايخفى ان كل واحد من الابراء والصلح له أثره ، فاذا كان ابراءاً لم يكن له الرجوع، بخلاف ما اذاكان صلحاً فلهما الاقالة أوجعل الخيار والفسخ بعد جعل الخيار أو ماأشبه ذلك ، لان لكل معاملة من عقد أو ايقاع أثره الخاص ، والظاهر ان العفو والاسقاط والابراء كلها شيء واحد هو الايقاع ، وان كان الاعتبار مختلفاً ، فالعفو أخذ بملاحظة العافي والاسقاط أخذ بملاحظة المال والابراء أخذ بملاحظة المعفو عنه .

ثم ان مقتضى القاعدة هو صحة ماأشكل فيه في القواعد قال : ولو صالح من ألف بخمسمائة مؤجلة فهو ابراء على اشكال ويلزم التأجيل ـ انتهى .

وذلك لماعرفت من صحة الصلح فهو ابراء لخمسمائة وتأجيل لخمسمائة وحيث ان الدواعي مختلفة ، ومن الدواعي العقلائية ينشأ مثل ذلك لم يكن به بأس ، وهذا الذي في القواعد هو الذي حكاه مفتاح الكرامة عن التذكرة أيضاً، قال: وفي جامع المقاصد : ان الذي يقتضيه النظر البطلان للزوم الربا المحرم .

وفي التحرير ان الوجه الصحة وهو قضية كلام المختلف ، وفي الايضاح الاصح انه معاوضة لمخالفة الحال والمؤجل والزائد والناقص ، ومعناه ان المغايرة بين العوضين ثابتة، وان أحدهما وقع في مقابلة الاخر، فتكون معاوضة

ويجيء فيها احتمال الربا وعدمه ، واحتمل في الايضاح الابراء ، وبه جزم في الدروس ، لانه ليس اسقاط بعض مافي الذمة وتأجيل الباقي ، والرواية النبوية ان كانت مما يستدل به فليستدل بها هنا ، الى آخر كلامه .

أما جعل جامع المقاصد : ان الذي يقتضيه النظر هو البطلان للزوم الربا فقد عرفت سابقاً مافيه ، وعن الدروس انه لوصالحه على ألف مؤجلة بـألف حالا احتمل البطلان ، لانه في معنى اسقاط الاجل وهو لايسقط باسقاطه .

نعم لو دفعه اليه وتراضيا جاز وكذا لو صالح عن الحال بالمؤجل بطل زاد في العوض أولا ، اذ لايجوز تـأجيل الحال قال : والفاضل حكم بسقوط الاجل في الاولى وثبوته في الثانية عملا بالصلح اللازم ـ انتهى .

وفيه : ماتقدم من ان الصلح أصل برأسه . فلايجري فيه الربا ، ولعله لذا قال في مفتاح الكرامة : لاريب انه لايجوز بيع درهم حالا بدرهم مؤجلاولو يوماً أو أقل ، حيث يقدر فيلزم القائلين بجريان الربا في الصلح منع المثالين ومabاله في جامع المقاصد لم يستغرب من المصنف قوله : انه ابراء على اشكال مع انه سلف له انه أصل برأسه، كمااستغرب نحوذلك من ولده آنفاً ـانتهى.

ومن ذلـك يعرف وجه صحة الصور الاربع من الزيـادة أو النقيصة مع التأجيل أو التعجيل .

لايقال : فـاذا صح الصلح المثمر ثمرة الـربا أكل كل انسان الربـا باسم الصلح وهو عين فساد المال الذي علل حرمة الربا في الروايات به .

لانه يقال : ينتقض الاشكال أولا بأن يبرء ويهب كل اثنين يريـد ان الصلح مع ان أحداً لايقول ببطلان الابراء والهبة ، كمايحل ثانياً بأن العقلاء لايقدمون على الصلح في كل مكان، فليس الصلح الا نادراً، بخلاف البيع ونحوموحكم

النادر ليس كحكم المتعارف ، ولذا لايقال : ان عفو الله عن المذنب يوجب سقوط فائدة الاحكام باتكال المذنبين على عفو الله سبحانه فيذنبون ، وكم له من أمثلة عرفية عقلائية وشرعية .

وكيف كان ، ففي الجواهر : لو ظهر استحقاق العوض أو تعيبه فرده ، فالاقرب ان الأجل بحاله ـ انتهى .

وهو كما ذكره ، وكذلك فيما اذا كان تزلزل من غير ناحية الاستحقاق أو التعيب فحصل الرد ، فان الاجل يرجع ، اذ بفسخ الصلح اقالة وغير اقالة يكون الامر كقبل الصلح، ثم قال: ولو ادعى على الميت ولابينة فصالح الوصي تبع المصلحة ، وماعن ابن الجنيد من اطلاق المنع في غير محله ـ انتهى .

وهو كذلك ، اذ للوصي الصلح مع المصلحة ، كما ان لولي الصغير والمجنون ومن أشبه ذلك ، وهكذا الحال في الادعاء على الموكل ومصالحة الوكيل .

وقد ظهر مماتقدم انه يصح أن يصالح عن الحال غير المؤجل أوبالعكس بزيادة أو نقيصة أو تساو ، كما يجوز ابراء الطالب عن بعض الدين ، ويجوز هبة المطلوب شيئاً زائداً ، كل ذلك بشرط التقديم أو التأخير أو بلاشرط ، والظاهر دخول الشرط في الابراء أيضاً ، لاطلاق دليله فلولم يف حق له الفسخ كما يجوز تقسيط الحال أو المؤجل في أقساط ، وهكذا يصح كل ذلك بشرط مكان خاص أوسائر الشروط غير المنافية للكتاب والسنة ومقتضى العقد .

ولو تحول الشرط الى القيد فانفقد بطل كما هو مقتضى القاعدة، أما مع فقد الشرط فللشارط الخيار ، وقد ذكرنا تفصيل الفرق بين القيد والشرط في باب الشروط في البيع .

(مسألة - ١١ -) قال في القواعد : وليس طلب الصلح اقراراً ، بخلاف بعني أو ملكني ، وفي مفتاح الكرامة كما صرح بذلك في التحرير والدروس وجامع المقاصد واللمعة والروضة ، وفي التذكرة ان طلب الصلح ليس باقرار وانه ظاهر عندنا ، لان الصلح يصح مع الانكار والاقرار ، فقد يراد به قطع الخصومة ، وقد يراد به المعاوضة ، واذا احتملهما لايحمل على الاقرار ويتم ذلك في العارف بالحكم - انتهى .

وهو كما ذكروه ، فان الانسان الذي يطلب الصلح قد يكون يعرف ان الحق له، وقد يكون يعرف ان الحق عليه، وقد يكون لايعرف شيئاً من الامرين وقد يكون يعرف ان بعض الحق له دون بعض فيما هو قابل للتبعيض،وكذلك اذا قال الاب لصهره : اصالحك على كذا على أن تطلق بنتي ، فانه ليس اقراراً بأنها زوجة له ، اذ قد يكون انه يرى انها ليست زوجة ، وحيث ان الصهر يصر على الزوجية يريد بالصلح قطع الخصومة ، الى غير ذلك من الامثلة في الارث وحق القذف وحق القصاص وغير ذلك .

ومنه يعرف ، ان ماعن بعض العامة من عدم صحة طلب الصلح مع الانكار ففرع عليه ان طلبه اقرار ، لان اطلاقه ينصرف الى الصحيح ، وانما تصح مع الاقرار فيكون مستلزماً له ، غير تام ، اذ قد عرفت ان الصلح يصح مع الاقرار ، ومع الانكار لاطلاق أدلته .

نعم عن التذكرة الاجماع على ان بعني اقرار ، وان المخالف بعض الشافعية ، وانه لاخلاف بين العلماء في ان ملكني اقرار ، وقال : لو قال بعنيها أو هبنيها ، فالمشهور انه اقرار ، وفي معناه أجرني وأعرني وزوجني الجارية لو كان التنازع فيها ، وفي مفتاح الكرامة : معنى كونه اقراراً انه اقرار لخصمه

بأنـه ملكه لمكان نزاعه معه ، وكونـه تحت يده مثلا غير معـارض غير المقر ، والاصل عدم مالك آخر ، ولو خلى عن هذه القرائن لم يفد الا كونه ملكاً لغير المقر في الجملة .

وأما كونـه ملكاً لمن طلب منه البيع ونحوه ، ففيه نظر لكونه أعم مـن كونه ملكه ،اذ قد يكون وكيلا فيرجع الى كونه مالكاً للبيع لا للمبيع ، وهو كما ذكره، كما انه قد يكون ولياً أو وصياً أو متولياً للوقف أو حاكماً أو وكيلا عنه أو ما أشبه ، فلا دليل في ملكني ونحوه الا على حق المخاطب في التمليك أما انه ملكه بشخصه فلا ،كما انه اذا قال : زوجني فلانة ، أو ما أشبه ، لم يكن ذلك اقراراً بأنه أب أوجد أو وكيل أو نحو ذلك ، وانما هو اقرار بأنه ولي في الجملة المحتمل لكل تلك الامور .

كما انه لو قال : ازوجك فلانة لم يكن دليلا الا على الولاية عليها ، أما انه أب أوجد أو وكيل أو ولي أو حاكم أو نائب عنه أو نحو ذلك ، فلا دلالة فيه على ذلك ، وكذلك لو قال : انت زوجتنى أو انت ملكتني ، أو أجرتني، أو اعرتني ، أو أودعت عندي أو نحو ذلك ، وهكذا لو قال : صالحتك ،فانه لا دليل على انه كان مالكاً ، نعم يدل على انه كان له الحق .

(مسألة ـ ١٢ ـ) قال في الشرائع: ولو ادعى اثنان داراً في يد ثالث بسبب موجب للشركة كالميراث فصدق المدعى عليه أحدهما ، وصالحه على ذلك النصف بعوض ، فان كان باذن صاحبه صح الصلح في النصف أجمع ، وكان العوض بينهما ، وان كان بغير اذنه صح في حقه وهو الربع وبطل في حصة الشريك وهو الربع الاخر ـ انتهى .

وقال في المسالك: في بيان وجه ذلك، وتبعه الجواهر اذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة ، فاقرار المتشبث لاحدهما مقتضى لتشاركهما فيما أقربه ، وان لم يصدقهما على السبب الذي ادعيا به ، لان مقتضى السبب كالميراث ، وذلك لاتفاقهما على ان البعض كالكل نصفي ملكهما فيه ، فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الاخر، كما ان الفائت يكون ذاهباً عليهما بمقتضى اقرارهما .

والحاصل : ان اشتراكهما في المقربه تثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة ، لامن جهة الاقرار فلا يؤثر فيه تخصيص المقر أحدهما بالملك ، وحينئذ فاذا صالح المقر له المتشبث على النصف المقربه ، فان كان الصلح باذن شريكه صح في جميعه بجميع العوض، والاففي حصته المصالح خاصة بنسبتها من العوض ، وبقى باقي النصف ملكاً للشريك الاخر ـ انتهى .

وقد نقل مفتاح الكرامة ذلك عن المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية ، وانه في الاخير قال: انه مشهور، وكأنه أشار بذلك الى ما ذكره المسالك من الخلاف والا فلا خلاف في ذلك .

لكن لايخفى ان مرادهم بالفرع المذكور الحكم الظاهري لاالواقعي ،

اذ الاقرار لايثبت الواقع حتى على المقر ، فاذا كان اقرارهما لاشتراكهما عن ارث مثلا مخالفاً للواقع ، فاللازم أن يعامل معاملة الواقع ، سواء بالنسبةالى أحد الشريكين أوبالنسبة الى ثالث يعلم مثلا كذبهما أو اشتباههما في الاقرار كما ان العكس كذلك بأن ادعيا انهما يملكان هذا بالارث ، وهذا بالبيع مثلا، فان الحكم للواقع في عالم الثبوت،وان كان في عالم الاثبات تابعاً لما يقولانه فلا يصح للثالث اشتراء النصف من المصالح وهو يعلم انهما شريكان بالارث وما أشبه .

كما ان مرادهم بالاشتراك بالارث ارث واحد ، لاما اذا كان ارثان، كما اذا كانت دار لزيد وعمرو مشتركة بينهما فماتا فورث كل واحد منهما وارثه ، فان ذلك ليس موجباً لان يكون الصلح على الربع ، اذ المدعيان لايتفقان على كون سبب ملكهما مقتضياً لشركة الاخر ، ولعلهم لم يصرحوا بالتقييد لانصراف ما ذكروه الى المورث الواحد ، بل لعل ذلك صريح ما تقدم عن المسالك ، وتبعه غير واحد من قوله : اذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة ، فان في المورثين سبب ملكهما لايقتضي الشركة .

ومنه يعرف الحال فيما اذا اشترياه صفقة واحدة أواشترى كل واحد منهما باشتراء على حدة نصف الصفقة ، الى غير ذلك من الاسباب التي قدتكون سبباً واحداً ، وقد تكون سببين مختلفين .

هذا ولكن المحكي عن بعض العامة الخلاف في ذلك ، وانه لايشاركه لان التركة اذا حصلت في يد الورثة صار كل منهم قابضاً لحقه وانقطع حقه عما في يدالاخر،ولهذا يجوزأن يطرء الغصب على نصيب أحدهما خاصة بأن تزال يده، فالمغصوب لايكون مشتركاً بينهما هذا لكن لايخفى ما في الفتوى المذكورة

لان الاستدلال المتقدم عنهم لها غير تام للفرق بين أجراء معاملة على النصف أو أخذ له ، فان المعاملة تقع على النصف ، اذ لامحذور في جريان المعاملة عليه لفرض انه مالك للنصف فيصح لـه بيعه وصلحه واجارته وغير ذلك ،كما انـه اذا مات ورثه وارثه ، وكذلك اذا أبرء صح له الابراء ، واذا كان عبداً وأعتق قدر حصته عتق النصف ، واذا استولى عليه غاصب كان غصباً لنصفه الى غير ذلك .

أما لو أعطى المتشبث، أي جزء منه، ولو جزءاً من مائة جزء كان كلاهما شريكاً فيه ، اذ الافراز يتوقف على رضا الشريكين ، والفرض انه لارضا مـن الشريك المنكور حقه ، ففرق بين أن يتسلم المقر له نصفه ، حيث انهما شريكان وبين أن يصالح عن نصفه ، حيث ان بدل المصالحة يكون له وحده ،كما انه اذا باعه وأخـذ الثمن كان كذلك ، أوآجره وأخذ الاجرة ، الى غير ذلك من الامثلة .

ومنه يعلم وجه النظر فيما تقدم عن بعض العامة مـن قياس المقام بما اذا حصلت في يد الورثة مثلا ، حيث ان الحصول في يد الورثة لايشبه المقام ، اذ قد عرفت انه فرق بين المحتاج الى الافراز وبين غير المحتاج ، فالمصالحة لاتحتاج الى الافراز ، أما الحصول في يد الورثة فانـه يكون لكلا الشريكين حيث انه يحتاج الى الافراز، ففتواه في المصالحة، وان كانت صحيحة للقاعدة العامة التي عرفتها ، الا ان قياسه فغير صحيح لاختلاف الحكم في المقامين ، اللهم الا أن يريد حصوله في يده بافراز .

كما انه علم من ذلك وجه النظر في كلام المسالك حيث قال : ما حاصله ان هذا لايتم الاعلى القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهـم

لايقولون به، بل يقولون بأنهمخصوص بنصف البائع والمصالح،بل انماينزل على ذلك الاقرار ، فلو أقر بالنصف للغير يكون اقراراً بربعه وربع شريكه ، ووجهه ان البائع انما يبيع مال نفسه ، ولايصح بيع مال الغير الا فضولا أو وكالة وكل منهما غيرالمتعارف فينصرف الى ماله بخلاف الاقرار، فانه كالشهادة بأنه لفلان ، وهو قد يكون في ماله ، وقد يكون في غير ماله ، فينبغي أن يكون المصالح عليه انما هو نصف المقرله فيكون العوض كله له .

هذا اذا قال له : صالحتك على النصف مطلقاً للفظ ، أو على نصفي، وأما اذا قال له : صالحتك على النصف الذي أقررت به كان منزلا على الاشاعة لانه تابع للاقرار المنزل على ذلك فيكون قول المصنف والجماعة متجهاً ، ويمكن تنزيله على ذلك لان لاينافي ما ذكروه من القاعدة قال : وهذا توجيه حسن لم ينبه عليه أحد .

نعم قال الشهيد في بعض تحقيقاته : يحتمل انصراف الصلح الى حصة المقر له ، ويكون العوض كله لهوتبعهالشيخ علي(رحمه الله) واطلقوا ـانتهى.

اذ يرد عليه أولا : ان الاقرار ليس معناه الاقرار بربع لهذا وبربعلذاك .

وثانياً: ان البيع كالاقرار كلاهما يقع على مال نفس البائع والمقر ،وليس كأعطاء المتشبث حيث قدعرفت ان كل جزء من المعطى (بالفتح)يكون لكليهما على نحو الاشتراك .

وثالثاً:ان الكلام في مقام الثبوت لا الاثبات فادخاله الانصراف في المقام، غير ظاهر الوجه .

ورابعاً : ان فرقه بين صالحتك على النصف وبين صالحتك على النصف الذي أقررتبه لم يعلم وجهه، لانه اذا كان المقام من الانصراف ، فالانصراف

في كليهما حاصل ، وان كان المقام من عالم الثبوت كما ذكرناه ، فاللازم عدم الفرق بين الامرين .

أما ايراد مفتاح الكرامة على كلام المسالك، حيث قال: فيه نظر من وجوه:

الاول : ان هذه القاعدة في البيع ، والاقرار ليست مسلمة عند الكل، أما البيع ، فقد تقدم في بابه انه لو باع مالك النصف النصف انه يحتمل الحمل على الاشاعة كما في نهاية الاحكام والكتاب والايضاح وغيرها ووجهوه بأن البيع صالح لملكه يملك غيره ولهذا يقبل التقييد بكل منهما ولفظ النصف اذا أطلق يحمل على الاشاعة ولم يجعل الشارع صحة التصرف قرينة في المجازات والمشتركات ، مضافاً الى ما حكاه هو عن الشهيد والشيخ علي (رحمهما الله تعالى) .

وأما الاقرار ، ففي التحرير ان الاقرب انه لوقال: بعت نصفه، أو أقربنصفه التخصيص بنصيبه ، نعم ظاهر بيع الكتاب ونهاية الاحكام والايضاح الاجماع على التنزيل على الاشاعة الى آخر كلامه .

فلا يخفى ما فيه ، لانه ايضاً من نقل الكلام من مرحلة الثبوت الى مرحلة الاثبات ، والكلام الان في مرحلة الثبوت لافي مرحلة الاثبات ، ويدل على ان الكلام في مرحلة الثبوت ماذكره غير واحد وتبعهم مفتاح الكرامة في الاستدلال على ما في عبارة الشرائع المتقدم بقوله : لانهما متفقان على ان البعض كالكل يستوى ملكهمافيه فيمتنع استحقاق المقرله النصف دون الاخر، كما ان الفائت يكون ذاهباً عليهما فاشتراكهما في المقربه ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة ، لامن جهة الاقرار ، الى آخر كلامه الذي سبق ان استدللنابه لفتواهم.

فان قولهم هناك بالامتناع ، وقول المفتاح هنا بمقتضى الانصراف متدافعان،

وحيث ان الاستدلال بفتواهم انما هو بالامتناع العقلي، فلا يمكن اتيان الكلام هنا في رد المفتاح على الشهيد الثاني بما يرجع الى اللفظ .

أما مسألة انه لو باع مالك النصف نصفه في المشاع ، هل ان ظاهره انه يريد بيع نصفه اصالة أو يريد بيع ربعه وربع شريكه فضولة بالنسبة الى الشريك فذلك مايرجع الى اللفظ ، فاذا كان ظهور في أحدهما فهو، وان لم يكن ظهور كان المرجع البائع، وانه ماذاقصد لانه أعلم بقصده ، وحيث ان الكلام لايؤخذ الا من المتكلم في قصده ، فما قاله البائع يكون حجة .

واذا مات البائع مثلا ولم نعرف انه هل باع نصفه الذي هو يملكه ، أو ربع ملكه وربع شريكه ، أي انه هل باع نصف نصفه ؟ أي ربع المشاع اصالة ، والربع الاخر من الشريك فضولة ، فلا يبعد ظهور الاستناد الى انه باع ملك نفسه ، كما انه اذا باع كلياً وشك في انه هل باع عن نفسه أو عن انسان آخر؟ واذا قيل بأنه لاظهور فالمرجع الاصول العلمية ، وكذلك يكون حال سائر المعاملات.

بل وكذلك الاقرار ، فانه اذا أقر بالنصف فقد يكون اقراراً بنصفه ، وقد يكون اقراراً بنصف نصف نفسه ونصف نصف شريكه، أي النصف منهما ويكون المرجع ان لم يكن ظهور في أحدهما المقر، واذا مات المقر فالمرجع الاصول العمليـة .

وبذلك يظهر وجه النظر فيما جعله الجواهر التحقيق فـي المقام قال : والتحقيق أن يقال : ان محل كلام الاصحاب في المدعيين المتفقين على اتحاد جهة ملكهما ، وانه ليس لاحدهما احتمال اختصاص عن الاخر بوجه ، وحينئذ فاقرار المتشبث بالنصف لاحدهما لم يفد في حق المقر له فائدة تخصه بعد سبق اقراره لشريكه، وانما اقصاه صيرورة هذا النصف لايد لاحدهما عليه فيبقى على

الارث بينهما بمقتضى اقرارهما ، فهو حينئذ كما لو قال من في يده الدار : ان نصفها ليس لي ، ولاريب في اشتراكهما فيه ، ولحوق النقص لكل منهما بسبب النصف الاخر الذي يد المتشبث عليه .

وأما على فرض احتمال اختصاص أحدهما بالمقر به دون الاخر الذي يحتمل في حقه انه قد باع حقه من المتشبث أو وهبه اياه أو نحو ذلك لم يشارك المقر له ، بل وكذا لو ادعى كل منهما في نصفه فحلف أحدهما اليمين المردودة دون الاخر ـ انتهى .

اذ تنظيره الاقرار بقول من في يده الدار ان نصفها ليس لي تنظير غير تام ، لان اقراره يصادف ملك المقر له ، كما اذا باعه المقر له أو آجره أو ما أشبه ، فانه يصادف الواقع ، أما اذا قال : النصف ليس لي ، فانه لم يقر لاحد حتى يكون النصف للمقر له ، وانما ترك النصف ، ومن الواضح ان كل جزء من المشترك ترك يكون بين المشتركين .

ثم ان مفتاح الكرامة أشكل على المسالك باشكال وهو الذي نبه عليه المحقق الثاني ، حيث قال : ولقائل ان يقول : لافرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة ، لان الصلح انما هو على استحقاق المقر وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكه الى آخر ، ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الارث صح ، ولم يتوقف على رضا الباقين .

وفي ذلك كمال التنبيه على ما اعترض به في المسالك ، قال : ثم ان كلام الشهيدين والمحقق الثاني غير جيد قطعاً ، لان كلام الاصحاب في المقام صريح في ان الصلح على ذلك النصف الذي أقر له به كما هو نص كلام المبسوط وفي الشرائع : انه صالحه على ذلك النصف ونحوها الارشاد ، وفي التحرير : صالحه

عما أقرله به ، وفي شرح الارشاد : صالحه على مجموع هذا النصف فلا مجال لاحتمال الشهيدفي كلام القوم، ولالكلام المحقق الثاني ولالتفصيله في المسالك بالالفاظ الثلاثة ، وتوجيه كلام القوم لذلك لانه نص صريح لايحتاج الى توجيه ـ انتهى .

وكيف كان ، فقد ظهر مما تقدم انه لا فرق بين قبض الوارثين الارث، ثم غصب الغاصب منهما ثم اعترافه لاحدهما ثم صلح الوارث عن نصفه وبين كون الغصب وقع قبل قبض الورثة ، لان الصلح على أي حال يقع على نصف الانسان المقر لـه .

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره جامع المقاصد ، فانه بعد ان قرر ما في القواعد بنحو ماتقدم ، حيث قال القواعد : لوصالح المتشبث المصدق لاحد المدعيين بسبب يوجب تشريك الارث على شيء شاركه الاخر ان كان باذنه والاصح في الربع ولاشركة ، ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولاشركة ـ انتهى.

قال: ولقائل أن يقول : لافرق بين تغاير السبب وكونـه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة ، لان الصلح انما هو على استحقاق المقر لـه وهو أمر كلي يمكن نقلـه عن مالكه الى آخر ، ولهذا لوباع أحد الورثة حصته من الارث صح ولم يتوقف علـى رضا الباقيـن ، فان اجيب بأن الانكار لاستحقاق الاخر صير النسبـة كالتالف فيجب أن يكون منهما لامتناع تلـف حصة أحدهما دون الاخر ، قلنا : فاذا تغايـر السبب يجب أن يكون كذلك مع اعتراف المقر لـه بالشركة الى أن قال: ونبّه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب، ثم قال : والذي يقتضيـه النظر ان الحكم في مسألة الارث قبل قبض الوارثين

صحيح ، لان الحاصل من التركة قبل القبض هو محسوب تركة بالنسبة الى الورثة والتالف لايحسب عليهم، وكأنه لم يكن وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم .

والظاهر انه لاخلاف في ذلك ، أما بعد القبض واستقرار الملك لهم أما انقطاع كل من الورثة عن حق الاخر فلادليل على الحاق تعذر الوصول الى حق بعضهم بالانكار مع عدم البينة ونحوه بتلف البعض في هذا الحكم ، والاصل عدمه فينبغي التوقف فيه فليلحظ الحكم المذكور في المبيع ، ولو كان المشترك ديناً فأقر ببعض وأنكر بعضاً ، ففي التركة قبل القبض لا بحث وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من ان الحاصل لهما والتالف عليهما وعدمه ـ انتهى .

وفي محكى التذكرة : انه نقله عن أحد قول الشافعية قال فيها بعد أن ذكر أصل المسألة بنحو ماتقدم ، هذا اذا لم يتعرض لقبض الدار ، أما لو قالا ورثناها وقبضنا ثم غصبها منّا فالاقرب انه كذلك أيضاً يشتركان فيما يقبضه المقر له ، لان ايجاب الارث الشيوع وهو لايختلف وهو أحد قولي الشافعي ومحكى عن أبي حنيفة ومالك ، والقول الاخر له انه لايشاركه ، لان التركة حصلت في يد الورثة وان التركة اذا حصلت في يد الورثة صار كل منهما قابضاً لحقه وانقطع عما في يد الاخر ، ولهذا يجوز أن يطرء الغصب على نصيب أحدهما خاصة بأن تزال يده ، فان المغصوب لا يكون مشتركاً بينهما ـ انتهى .

وفيه : ماتقدم من انه لا فرق بين أن يكون الغصب بعد القبض أو قبل القبض ، فان الصلح أوالبيع أو الاجارة أو الاقرار أو ماأشبه يقع على حصة

الوارث البائع أو المؤجر أو المصالح أوالمقر، ولا ربط له بالاخر .

نعم الغاصب اذا أعطى شيئاً من المغصوب لاحدهما يكونان مشتركين فيه لما عرفت من الفرق بين أجراء معاملة أو اقرار ينطبق في الواقع على حصة المؤجر والبائع والمقر ونحوه وبين التسليم الذي لاترجيح في أن يكون لهذا أو لذاك واعطاء الغاصب لايؤثر في التخصيص ، كما اذا غصب صبرة لعشرة ، ثم أعطى عشرها لاحدهم ، فانه لامخصص لان يكون العشر لهذا فقط دون التسعة الباقية ، بل كل جزء من الحنطة يشترك فيها الجميع .

ولما ذكرناه قال أخيراً في الجواهر: ومنه يظهر الوجه في عدم الفرق في المسألة بين قبض الوارث وعدمه، وبين كون السبب الارث وغيره، فماوقع من الكركي أخيراً أيضاً من التفصيل بذلك الذي قد عرفته لبعض الشافعية في غير محله ، فتأمل جيداً ليستبين لك الحال في أطراف المسألة التي منها معلومية القاعدة في ان المال المشترك مايذهب منه عليهما ، ومايبقى لهما ، ومنها ان الحصة المشاعة التي هي للشريك لا شركة لاحد فيها، فاذا أراد الصلح عنها مثلا لم يلحقه الشريك بعوضها .

ومنها انهم قد ذكروا في انه لو أقر بأن نصف الدار لزيد والاخر لي ولشريكي، وأنكر الشريك كان النصف الباقي بأيديهما بينهما على حسب نسبة الربع الى النصف ، وما أنكر عليهما ، وان كان المختص بالانكار المقر له بخلاف مالو أقر أحد الاخوين بثالث فأنكره الثالث ، فانه يختص النقصان بالمقر له، وأما المقر فيأخذ نصيبه تاماً، الى آخر ماذكره .

وقد ذكرنا في [كتاب الارث] التفصيل في مسألة مالو أقر أحد الاخوين بثالث فأنكره الثالث ، وشبه ذلك من اقرار أحد الورثة لوارث آخر ، وانكار

الوراث الباقين ذلك الوارث ، وانه كيف يكون ارث هذا المقر وذلك المقر له، مما لاحاجة الى اعادة الكلام فيه هنا .

ثم انه لوأخذ الشريكان وارثين كانا أوغيرهما حصتهما، ثم غصبهما غاصب ثم رد الغاصب حصة، فان علم انه حصة هذا أوذاك أو معاً فهو واضح، وان لم يعلم ان المرجوع لايهما أو لهما بالنصف أو بالنسبة فالظاهر انه مورد قاعدة العدل، وكذا لوعلم انه لاحدهما لكن لم يشخص هل انه لزيد أولعمرو لوحدة الملاك في المقامين .

(مسألة ـ ١٣ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو ادعى عليه بشيء مثلا فأنكر أوأقر أولم تكن دعوى أصلا فصالحه المدعى عليه مثلا عما ادعى به على سقي زرعه أوشجره بمائه أو مايسقى به زرعه أوشجره من ماء المدعى عليه ، قيل والقائل الشيخ فيماحكى عنه: لايجوز، لان العوض هو الماء وهو مجهول، فلايصح الصلح، بناءاً على فرعيته على البيع ، وفيه وجه آخر بالجواز مأخذه جواز بيع ماء الشرب أي النهر بتقدير المدة بعد المشاهدة بل قد عرفت فيماتقدم المنع من فرعية الصلح للبيع أولا ، وعدم قدح مثل هذه الجهالة في الصلح ثانياً، لكونها تؤل الى العلم - انتهى .

وهو كماذكره المحقق والشارح بل في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: ولوكان عوض الصلح سقي الارض أو الشجر بمائه ، فالاقرب الجواز مع الضبط كمافي بيع الماء، قال :كمافي التذكرة والايضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية ولم يقيده في اللمعة بالضبط ، لكنه مراد له ـ انتهى .

والوجه اطلاق أدلة الصلح بعد ماتقدم من ان نهي النبي عن الغرر لا يشمل مثل هذه الجهالات الصغيرة في باب الصلح ، وان كان الغرر مختلفاً بالنسبة الى مختلف المعاملات والنكاح كماتقدم الالماع الى ذلك .

ثم قال مفتاح الكرامة : والمخالف الشيخ في المبسوط قال : اذا أقر له بحق ادعاه عليه ثم صالحه منه على أن يسقي أرضه من نهر المقر أو قناته في في وقت معين لم يجز ذلك ، لان المعقود عليه الماء وهو غيرمعلوم المقدار مع انه قد جوز بعد ذلك بلافاصلة بيع جزء مشاع منه، وجعله عوضاً للصلح وجوز أيضاً بيع ماءالعين والبئر، ومن احتمل تخصيص منعه هنا بغيرالمضبوط

كمافي الروضة، فلعله لم يلحظ قوله في وقت معين -- انتهى .

والاحتمال المذكور في الروضة محتمل أيضاً في المسالك، حيث قال : يمكن أن يكون منع الشيخ من الصلح على السقي المذكور مطلقاً ، كمايدل عليه الاطلاق والماء فيه مجهول لا يدخل في أحد الاقسام لانه لم يستحق جميع الماء ولا بعضاً منه معيناً ، وانما استحق سقياً لايعرف قدره ولا مدة انتهائه ، ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة وهو لم يصرح بالمنع حينئذ ولو تعلق الصلح بسقيه دائماً لم تبعد الصحة ، لان جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح ـ انتهى .

وعلى أي حال ، فلو أراد الشيخ المنع من جهة الجهالة ففيه ماعرفت ، وان أراد المنع في صورة جهالة تضر بالصلح فلابأس به .

ثم المصالحة على الماء قد يكون بالاذرع ، وقد يكون بالساعة ، وقد يكون بمقدار أن يصل الزرع أو يثمر الشجر، وقد يكون بالدرجات المتعارفة في حال الحاضر ، وكل ذلك صحيح بيعاً وصلحاً وغيرهما من سائر أنحاء المعاملات .

نعم يتسامح في الصلح بما لايتسامح في البيع ونحوه ، لان الصلح مبني على المسامحة كماذكره الفقهاء، ويستفاد أيضاً من الادلة، ولذا قال في الجواهر في الاشكال على المسالك : قلت : قد يقال بالتسامح في الاول أيضاً اذا كان لتحقق مسمى السقي قدر في العرف ، وان اختلف افراده اختلافاً لايقدح في مثل الصلح ، وحينئذ فلا يعتبر اشتراط المدة ولو الدوام في الصلح على انه لاترفع جهالة مقدار الماء الذي هو العوض أو المعوض، اذ ليس الغرض منه الاجارة ، بل نقل الاعيان المقدرة بمثل ذلك المندرج تحت عمومات

الصلح كما عرفته فيما تقدم ـ انتهى .

ثم قال في الشرائع: وأما لو صالحه على اجراء الماء الى سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه، ومعنى ذلك ان الصلح يقع على مرور ماء غيره في ملكه أو في المحل الذي استأجره أو موقوف عليه أو ما أشبه مما له حق الصلح على مثل ذلك، سواء كان مرور الماء على سطحه فيما اذا كان الماء عالياً أو كان مرور الماء على ساحته فيما اذا كان متوسطاً أو كان مرور الماء من سردابه فيما اذا كان نازلا، ولاشك انه لابد من تقدير الممر من السطح وغيره طولا وعرضاً وعمقاً بقدر يدفع الجهالة الضارة في الصلح أما اذا كانت جهالة غير ضارة به فلا بأس بذلك .. وكأنه للجهل غير الضار :

قال في مفتاح الكرامة : لابد من تقدير الممر من السطح والساحة طولا وعرضاً، ولايحتاج الى تقدير السمك لعدم التفاوت فيه الا بكثرة الماء وقلته ، ولعله لهذا اطلق المصنف وغيره حكم الماء من دون أن يشترطوا مشاهدته ، ثم قال : ولكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه لاختلاف الحال بقلته وكثرته ، ولو كان ماء مطر اختلف ايضاً بقدر مايقع عليه وصغره، فمعرفته تحصل بمعرفة محله ـ انتهى .

وكان ماذكرناه هو غير ماذكره مفتاح الكرامة ، فانا انما نشترط التقديرات المذكورة فيما اذا اضرت جهالتها بالصلح عرفاً وهو استثنى السمك لما يرى من عدم ضرر الجهالة عرفاً في مثل السمك ، لكن الجميع من واد واحد كما لا يخفى ، وهذا الحكم هو المشهور بين الفقهاء ، ولذا قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (وكذا لو صالحه على اجراء الماء على سطحه او ساحته صح بعد

العلم بالموضع الذي يجري الماء منه) كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والكفاية .

ومماذكرناه يعلم وجه النظر فيما ذكره المسالك قال: المراد بعلم الموضع الذي يجري الماء منه أن يقدر مجراه طولا وعرضاً لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ، ولايعتبر تعيين الملك ، لان من ملك شيئاً ملك قراره الى تخوم الارض ، ولذا رده في الجواهر قائلا : ان ما ذكره في الصلح عمادعى به على مجرى الماء لاعلى استحقاقه الذي هو المفروض في المتن ، ولذا قال في الدروس : ولو جعل عوض الصلح عن الدعوى مجري الماء في أرضه قدر المجرى طولا وعرضاً لاعمقاً ، لان من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض، ولوجعله اجراء الماء في ساقية محفورة مشاهدة جاز اذا قدرت المدة.

قال الشيخ: ولوكانت الساقية غيرمحفورة لم يجز الصلح على الاجراء لانه من استيجاره المعدوم ، ويشكل بامكان تعيين الاجراء طولا وعرضاً واشتراط حفره على مالك الارض أو على المجرى مائه ، نعم لو كانت الارض موقوفة أو مستأجرة لم يجز ، ولو صالحه على المدعى به على اجراء الماء من سطحه على سطح المدعى عليه يشترط العلم بسطح المدعى - انتهى .

وفيه موارد للنظر :

الاول : ما عرفت من عدم الفرق بين الطول والعرض وبين العمق.

الثاني : استثنائه أرض الموقوفة والمستأجرة، فانه أي فرق بين الموقوفة والمستأجرة اذا كان الوقف والاستيجار يشمل مثل ذالك ، ومن الواضح ان

الوقوف على حسب ما وقفها اهلها ، وان الاجارة على حسب ما تعاقد عليه الطرفان ، فاستثنائه مطلقاً غير ظاهر الوجه .

الثالث :اشتراطه العلم بسطح المدعي ، اذليس ذلك على اطلاقة ، وانما هو فيما اذا كانت الجهالة تضر الصلح ، والا فقد عرفت ان الجهالة تغتفر في الصلح بمالا تغتفر في مثل البيع، اللهم الا ان يريد ما لا يعتني به عرفاً في العمق، والموقوفة والمستأجرة المنافية لذلك ، والعلم فيما اذا كان جهله ضاراً بالصلح عرفاً فتأمل .

ولعل الجواهر أشار الى بعض ماذكرناه حيث قال : نعم قد يناقش في أصل اعتبار ذلك لعمومات الصلح وقبوله من الجهالة والغرر مالايقبله غيره .

ثم ان في حكم الماء حكم الغاز المتعارف الان وأمثال عيون النفط وغيره من السوائل التي تجري من بلد الى بلد ، أو من مكان الى مكان أو من دار الى دار ، لان المناط في الجميع واحد ، فيصح الصلح على شرائطه والتي منها انه يجب ان يعرف كبر الانبوب أو صغره الذي هو مجرى السائل أو الغاز ، فيما اذاكان يختلف الاغراض باختلافه ،كما انه يشترط معرفة جنس الانبوب ، لان بعض الانابيب يتكسر وبعض الانابيب لايتكسر،وتكسر الانبوب يوجب ضرر المحل فاذا كان مما يتسامح فيه عرفاً صح الصلح والالم يصح، لانه من الغرر المنهي عنه .

ثم ان المسالك قال : وحيث يقع السطح أو يحتاج الساقية الى اصلاح وجب على المالك الاصلاح لتوقف الحق عليه، وليس على المصالح مساعدته وتبعه مفتاح الكرامة والجواهر وهو كما ذكروه الا ان يكون التعارف على التقسيم بينهما ، وأجرى عقد الصلح حسب المتعارف ، أو جعل الشرط في

ضمن العقد ان يكون عليهما أو على المصالح حسب اطلاقات أدلة الشرط (١)، ومقتضى اوفوا بالعقود (٢).

ولوكان الصلح على جريان قدر خاص من الماء كذراع مثلا فزاد صاحب الماء بما جعله ذراعاً ونصفاً ، أوكان الصلح على ان يجرى الماء في الشهر عشرة أيام فاجراه خمسة عشر أو نحو ذلك كان لصاحب المحل الاجرة بالنسبة الى الزائد ، ولو اختلفا في انه هل أجرى أكثر أم لا ؟ فالاصل مع المنكر .

والظاهر صحة اشتراط ان يكون الماء من نوع كذا ، لاختلاف المياه في الثقل والخفة ، وفي الملوحة والعذوبة ، ومن الواضح اختلاف الاغراض باختلاف هذه الامور ، مثلا: الماء المالح يوجب ملوحة الارض مما يوجب عدم تمكن الزرع فيها ، بخلاف الماء العذب، والماء الثقيل يكون أثقل على السطح من الماء الخفيف مما يوجب قرب الانهدام، الى غير ذلك مما تختلف الاغراض باختلافه .

وحيث عرفت ان المعيار هو عدم الغرر العرفي ، فان تصالحا على ان يجري مائه اسبوعاً في كل شهر من غير تعيين ذلك الاسبوع في أول الشهر أو وسطه أو آخره صح ذلك ، اذا لم يكن غرراً عرفياً، كما انه اذا تصالحا على اجراء مائه على أرضه بدون ان يعين مكان الارض ، وكان مما لا تختلف الاغراض باختلاف الارض لم يكن بذلك بأس .

ولو استأجر الارض أو صالح لمد انبوب فيها بدون تعيين ما يسيل في الانبوب من سائل نفطي أو مائي أو غازي أو ما أشبه ذلك ولم يكن ذلك

---

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

(٢) المائدة : آية / ١ .

يوجب الجهالة الضارة بالصلح عرفاً مما يوجب غرراً لم يكن به بأس ، فان ذلك من قبيل استئجار الدار لجلوس خمسة أشخاص فيها بدون ان يعين أولئك الاشخاص بانهم زيد وعائلته أوعمرو وعائلته، الى غير ذلك من الامثلة المطردة في الصلح والاجارة وغيرهما .

ولو اختلفا في شرط زائد على أصل الصلح انه هل كان شرطاً في ضمن العقد أم لا ؟ فالحق مع المنكر الا اذا أقام المدعي البينة حسب قوانين الدعوى ولو اختلفا في انه هل كان الصلح لجريان الماء أو الغاز أو النفط مثلا كان من مورد التحالف لعدم الجامع بين الامور المذكورة .

ثم انه لو عقدا الصلح على الماء أو غيره ، ثم صار التضخم أو التنزل في أحد الجانبين ، فان كان الارتكاز على عقد لا تضخم ولا تنزل فيه في المستقبل بحيث كان على نحو القيد بطل الصلح .

واما اذا كان على نحو الشرط كما ذكروا في المعيب كان للطرف الذي هو له الشرط على الطرف الاخر خيار الفسخ ، ولو صالح على ان يأتي بمائه من النهر أو غيره الى بيته بسيارات مثلا صح ، وتقدير الماء انما هو بقدر ما تأخذ السيارة أما ان يكون الماء مالحاً أو حلواً فذلك حسب القرار لاختلاف الدواعي باختلاف المياه التي يسقى بها الحديقة أو التى يكون للشرب ونحوه ولو اختلفا في ان موضوع العقد الماء العذب أوالمالح ، فمن التحالف لانهما موضوعان عرفاً فلا يقال : الاصل الماء الحلو ، لان الماء المالح هو الماء الذي اضيف اليه شيء من الملح ،كما انه كذلك بالنسبة الى الماء الاجاج والماء الزلال والماء المخلوط بالطين والماء الصافي فهما موضوعان عرفاً ، وان كان في الحقيقة الماء المخلوط بالطين ماء اضيف اليه شيء من الطين الا

ان ذلك ليس موضوعاً وزائداً في نظر العرف ، ويصح تقدير الماء المحمول في السيارات بالاحواض وبالسيارات ، وبقدر سقي الحدائق ونحوها، وبقدر سقي جماعة كبيرة ، أو حيوانات كثيرة وهكذا مما كل ذلك موجب لخروج المصالحة عن الغرر الضار بها ، والمصالحة على مرور الكهرباء في اسلاكه ايضاً صحيحة للادلة العامة الشاملة لها .

نعم يلزم التعيين بما يخرجه عن الغرر كالضغط العالي وغيره ، وساعات مرور الكهرباء من ليل أو نهار ، وكذلك قدر مايضيء الكهرباء من الشموع ويشغل من الثلاجات والمروحات وغيرها ، وكذا يصح الصلح على أن يخلط الاسمنت والحصى والرمل ونحوها في خلاطته مع تعيين المواد مما يزيل الغرر ، وكذلك تعيين القدر من مليء الخلاطة مثلا عشر مرات أو بقدر بناء دار أو اعداد أكياس السمنت واطنان الحصى والرمل ونحو ذلك لاختلاف الدواعي باختلاف هذه الامور .

(مسألة ـ ١٤ ـ) قال في الجواهر: لو صالح أجنبي المدعى عن المنكر صح عيناً كان أو ديناً اذن أولا لانه في معنى قضاء الدين ، لكن عن المبسوط انه يرجع عليه ان دفع المال باذنه ، سواء صالح باذنه أو لا ، والا فلا رجوع لانه تبرع ، وقد يشكل الرجوع بما أداه ولو باذنه مع كون الصلح بغير اذنه باقتضاء عقد الصلح لزوم المال للاجنبي ، فلا عبرة بالاذن اذا كان قد صالح ليؤدى هو ، بل وكذا لو صالح مطلقاً ، نعم لو صالح ليؤدي المدعى عليه كان الصلح فضولياً ـ انتهى .

ومقتضى القاعدة هو ما ذكره الجواهر ، لا ما ذكره الشيخ ، لان الاعطاء بالاذن لايوجب ضمان الاذن ، بل وان كان بالامر ، لانه طلب للوفاء بالعقد ، كما اذا باع انسان شيئاً لانسان فقال اجنبي للبائع ادفع ما بعت الى المشتري، أو اذنت لك ان تدفع مابعته الى المشتري ، فانه لايوجب ضمان الاذن والامر لكن ما ذكره من انه لو صالح ليؤدي المدعى عليه كان الصلح فضولياً انما يصح ذلك اذا كان صالح فضولي على نحو الفضولي .

أما اذا كان على نحو الداعي فليس الصلح فضولياً فقوله : ليؤدى يلزم أن يكون مراده بمعنى عن لا أن يكون اللام على نحو الداعوية ، ثم قال : ولا فرق في صحة ما ذكرناه من الصلح اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أولا على الاقوى ، ولو ادعى الاجنبي انه وكيل المدعى عليه في الصلح فصالحه المدعى صح ، فان أنكر المدعى عليه وكالته حلف ، ولكن له اجازة العقد بعد حلفه وقبله ـ انتهى .

وهو كما ذكره في الفرعين، ويشمل قوله : أولا، في الفرع الاول ما اذا أنكر وما اذا قال : لاأعلم ، كما انه لا فرق في الفرع الثاني بين ادعائه كونه

وكيلا أو ولياً لوحدة الملاك في البابين .

أما ما ذكره الجواهر بانه لو صالح الاجنبي المدعى لنفسه لا عن المنكر صح وانتقلت الخصومة اليه، ففيه تأمل، اذ لاوجه لانتقال الخصومة ، اللهم الا أن يريد ان المدعي يطلب منه ما صالح عليه قال : لكن في الدروس ان تعذر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ لعدم سلامة العوض وفيه تأمل ـ انتهى كلام الجواهر .

ولايخفى ما في عبارة الدروس من الغموض ، كما لم يظهر مراد الجواهر من التأمل في عبارته ، وللمسألة شقق وفروع، لان مصالحة الاجنبي قد تكون عن نفسه، وقد تكون عن المدعي، وقدتكون عن المنكر ، وعلى كل حال فطرف الدعوى قد يجوز عن دعواه ، وقد لايجوز ، وقد يحصل على الشيء المقابل لتنازله عن دعواه ، وقد لايحصل ، الى غير ذلك .

ثم لوصالح المنكر المدعي على عدم الدعوى صح كما تقدم، فاذا راجع المدعى الحاكم كان خلاف العقد، فللحاكم ان لايسمع الى دعواه، لان الصلح اقتضى الوضع ، ولو استمع وحكم على المنكر أو على المدعي كان للمنكر فسخ الصلح ، لان طرفه لم يف به ، أما اذا صالح المدعي المنكر على عدم الدعوى ، فالظاهر ان له الحق في التقاص اذا علم ان حقه ثابت ، لان الصلح على عدم الدعوى لايسقط الحق واقعاً، أما اذا صالح المنكر المدعي على عدم الدعوى بقي حق المنكر في الرجوع الى الحاكم ، لان يستوثق من عدم مراجعة المدعي، وحال الاجنبي المصالح (بالفتح) معه حال المدعى المصالح (بالفتح) معه ، لان الاثنين من واد واحد .

فصل

قال في الشرائع : ويلحق بذلك أحكام النزاع في الأملاك .

وفي الجواهر : لنوع من الاعتبار الذي هو ما عرفت مـن كون الصلح لقطع النزاع على انه ربما يذكر الصلح في بعض افراده ولم يلحظ ذلك في الدروس فجعله كتاباً مستقلا سماه بكتاب تـزاحم الحقوق ، والامر في ذلك سهل ـ انتهى .

وقد ذكرنا نحن طرفاً من هذه المسائل في [كتاب احياء الموات] وطرفاً منها في [كتاب الديات] كما ذكـرنا بعض الفروع المرتبطة بهذه الامور في [كتاب الغصب] ونحن تبعاً لهم نذكر ما ذكروا في ضمن مسائل :

(مسألة ـ ١ ـ) قال في الشرائع : يجوز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لاتضر بالمارة ، ولو عارض فيها مسلم على الاصح .

وقال في القواعد : يجوز اخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الابواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وان عارض مسلم .

وفي مفتاح الكرامة :صرح بذلك في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ، ثم ذكران بعضهم لم يذكروا الا بعض المذكورات .

وفي السرائر ان المسلمين من عهد رسول الله ﷺ الى يومنا هذا وهو سنة السبع وثمانين وخمسمائة لم يتناكروا في ما بينهم ذلك ، وفي المبسوط والنافع والتنقيح الاجماع على جواز نصب الميازيب الى الطرق المسلوكة، وفي السرائر نفي الخلاف فيه بين المسلمين وانه لم ينكر ذلك أحد بحال ، وعليه عمل الناس كما في الشرائع قديماً وحديثاً من غير مخالف كما في المسالك وكشف اللثام وظاهر الاصحاب وغيرهم الانفاق على ذلك كما في المسالك .

وفي الجواهر عند قول الشرائع المتقدم : لاخلاف والاشكال فيه .

وكيف كان ، فيدل على ذلك الكتاب والسنة والاجماع والعقل ، كما استدل له ايضاً بالسيرة،أما من الكتاب فكآيات الحل(١) وآيات التسخير(٢) وغيرهما

(١) المائدة : آية / ٨٧ ـ البقرة : آية / ٢٧٥ .
(٢) الجاثية : آية / ١٢ ـ النمل : آية / ١٣ .

وأمـا من السنة فقسم كبير مـن الروايـات ، والروايات المانعة محمولـة على الضرر .

مثل ما رواه القطب الراوندي، انه روي ان الفرات مدت على عهد علي عليه‌السلام فقال الناس: نخاف الغرق ،فركب وصلى على الفرات فمر بمجلس ثقيف فغـمز عليه بعض شبابهم، فالتفت اليهم وقال: يا بقية ثمود ، يا صغـار الخدود ، هل انتم الا طغام لئام من لي بهؤلاء الا عبد ، فقال مشايخ منهم : ان هؤلاء شباب جهال فلا تؤاخذنا بهم وأعف عنا ، قال: لاأعفو عنكم الا على ان أرجع وقد هدمتم هذه المجالس ، وسددتم كل كوة ، وقلعتم كل ميزاب ، وطممتم كـل بالوعة على الطريق ، فان هذا كله في طريق المسلمين وفيـه أذى لهم ، فقالوا : نفعل ومضى وتركهم ، ففعلوا ذلك كله.[(١)]

وعن الدعائم ، عن أبي عبدالله عليه‌السلام انه قال : من أراد ان يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معه باباً غيره في شارع مسلوك نافذ فذلك له الا ان يتبين ان في ذلك ضرراً بينا ، وان كان في رائغة سكة غير نافذة لم يفتح فيه باباً ولم ينقله من مكانه الا برضى أهل الرائغة .[(٢)]

وعن الصادق عليه الصلاة والسلام ،انه نهى عن اخراج الجدر في طرقات المسلمين ، وقال : من أخرج جدار داره الى طريق ليس له فان عليه رده الى موضعه[(٣)] ـ الحديث .

وعن الشيخ الطوسي في الغيبة، عن أبي بصير ، في حديث له اختصرناه

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ باب ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات ح/١ .

(٢) الدعائم : ج ٢ ص ٥٠٥ (الطبعة الثانية بمصر) .

(٣) الدعائم : ج ٢ ص ٤٨٧ (الطبعة الثانية بمصر) .

قال : اذا قام القائم عليه الصلاة والسلام دخل الكوفة وأمر بهدم المساجد الاربعة حتى يبلغ أساسها فيصيرها عريشاً كعريش موسى ، ويكون المساجد كلها جماً لاشرف لها كما كان على عهد رسول الله ﷺ ويوسع الطريق الاعظم فيصير ستين ذراعاً ، ويهدم كل مسجد على الطريق ، وكل جناح وكنيف وميزاب على الطريق ـ الخبر .(١)

وعن الجعفريات باسناده الى علي عليه الصلاة والسلام : ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أمر مناديه فنادى : من ضيق طريقنا فلاجهاد له.(٢)

ويظهر من صاحب الوسائل نوع تردد في الحكم، لانه عنون الباب بحكم اخراج الجناح ونحوه الى الطريق والميزاب والكنيف.(٣)

ثم روي عن أبي جعفر عليه الصلاة والسلام في حديث طويل ، انه قال: اذا قام القائم عليه السلام سار الى الكوفة وهدم بها أربعة مساجد ، ولم يبق مسجد على وجه الارض وله شرف الاهدمها وجعلها جماً ، ووسع الطريق الاعظم ، وكسر كل جناح خارج في الطريق ، وعطل الكنيف والميازيب الى الطرقات،(٤) فلايترك بدعة الا أزالها ، ولاسنة الا أقامها.(٥)

ثم قال صاحب الوسائل : وذكر جماعة من علمائنا منهم العلامة والشهيد الثاني انه لابأس باخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت لاتضر بالمارة لاتفاق الناس عليه في جميع الاعصار والامصار من غير نكير ،

---

(١) الوسائل : ج ص ٣٤٧ الباب ٢٠ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٢) الجعفريات : ص ٨٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٧ الباب ٢٠ من أبواب احياء الموات .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٧ الباب ٢٠ من أبواب احياء الموات ح ١ .

وسقيفة بنى ساعدة وبني النجـار أشهر من الشمس في رابعة النهار ، وقدكان في المدينة في زمن النبي ﷺ .

وعن الخلاف: ان مخرج الجناح والساباط ليس لاحد معارضته ولامنعه، واستدل عليه بالاصل وبالسيرة وبميزاب العباس وسقيفة بني ساعدة وبالاجماع.

وفي مفتاح الكرامة : لاخلاف الا من ظاهر الشيخ في النهاية ، وصريح ابن حمزة في الوسيلة ، ويمكن حمل كلامهما على ما اذاكان مضراً ، كما بينا ذلك في باب الديات، ثم قال: والمخالف الشيخ في صلح الخلاف ، والمبسوط وابن زهرة في صلح الغنية فمنعا منه ، وان لم يضر اذا اعترضه مسلم ، وقواه في ديات المبسوط وحكاه في صلح المختلف عن القاضي ـ انتهى .

ومقتضى القـاعدة صحة كل مالايضر بـالمارة من الميازيب والسراديب والرواشن والاجنحة والاعمدة تحت السقوف والبلاليع والسواقي والحدائق والاشجـار والانابيب تحت الارض وفي أطراف الارصفة وأعمدة الكهربـاء والهاتف والأنهر والمداخن وانابيب الماء الملتصقة بالحيطان، وغيرها مما هو كثير ، وذلك لاصالة الابـاحة الثابتة شرعاً وعقلا الامـا اذاكان ضرر ، فاذاكان ضرر لم يجز كل ذلك لدليل لاضرر الحاكمة على الادلة الاولية ، وقد تقدم في روايات المنع الالماع الى ان المنع لاجل الضرر لامطلقاً .

ثم ان الجواهر قال : هو كما ذكره المشهورمن غير حاجة الى الاذن من حاكم ولامن غيره، سواء قلنا بكون الهواء ملكاً للمسلمين أو باقياً على الاباحة الاصلية ، فما عن أحمد من اعتبار اذن الامام في وضع الجناح فيغير محله، بـل هو كذلك ولوعـارض فيهـا مسلم على الاصح لعدم ثبوت حق لـه في المعارضة لماعرفت من استمرار السيرة المعتضدة بالفتوى على فعل ذلك وعدم

الالتفات الى المعارض ، خلافاً للمحكى عن الخلاف والمبسوط من انه لكل مسلم منعه ، لانــه حق لجميع المسلمين ، ولانـه لوسقط شيء منه ضمن وهو يدل على عدم جوازه الابشرط الضمان، ولانه لايملك القرار فلا يملك الهواء وفيه مالا يخفى بعد ماعرفت ، فهو حينئذ بمنعه معاند لاحق له ، والضمان بعد تسليمه لاينافي الجواز كمــا هو في صورة عدم المعــارضة التي وافق فيها ، وجواز الفعل لا يتوقف على كونه مالكاً كما هو واضح ، نعم يعتبر فيــه عدم الضرر على المارة ـ انتهى .

وهو كما ذكره ، وما ذكره من عدم الاحتياج الى الاذن من الحاكم هو مقتضى القاعدة ، لان الحاكم لا حق لــه في المنع الا اذا كان ضرر خاص أو ضررعام متيقـن أومحتمل ، فان الحاكم هوالمنفذ لاحكام‌الاسلام ، لا انه يأتي بمايشاء اعتباطاً كما قررناه في [كتاب القضاء] وغيره، وقد ذكرنا في [كتاب احياء الموات] وغيره، ان الحاكم يحق له تحديد للعمارة والطريق وما أشبه اذا كان ذلك في مصلحة المسلمين، وذلك لان معنى كونه حاكماً مجعولا من قبلهم عليهم الصلاة والسلام انه يتصرف كما يتصرف الحكام ، فمعنى جعلــه حــاكماً ان له مالهم ، فاذا قال : يجب أن تكون الشوارع كذا ذراعاً ، أوعلواً لابنية كذا، أو الرواشن والاجنحة لاتكون الا كذا، أو المرور لايكون الا كذا يجب اتباعه اذاكان واجداً لشرائط الحاكم الشرعي التي هي عبارة عن‌شرائط الله سبحانه وتعالى مماذكره الفقهاء في [كتاب التقليد] وفي [كتاب القضاء] ومنتخباً من قبل أكثرية الامة ، حسب مادل عليه أدلــة الشورى ، وقد ذكرنا بعض التفصيل في هذين الشرطين في الفقه [كتاب السياسة] وكتاب [الحكم في الاسلام] وغيرهما .

ثم ان غير واحد من الفقهاء اعتبروا عدم الضرر بالاخرين، فالمحكى عن التذكرة انه قال: المرجع في التضرر وعدمه العرف، ويختلف بحال الطريق، فان كان ضيقاً لاتمر فيه الفرسان والقوافل وجب رفعه بحيث يمر المار منتصباً والمحمل مع الكنيسة المنصوبة على رأسه على البعير ، لانه يتفق ذلك ، وان كان نادراً، وان كان متسعاً تمر فيه الجيوش والاجمال وجب ان لايضر بالعماريات والكنائس ، وان يتمكن الفارس من الممر تحتـه ورمحه منتصب لايبلغه لانه قد تزحم الفرسان فتحتاج الى أن تنصب الرماح قال : وقال بعض الشافعية : لايقدر بذلك لانه يمكنه وضع الرمح على عنقـه بحيث لاينال رمحه أحداً ، وليس بجيد، لان في ذلك تعسراً، وفي مفتاح الكرامة نفي الشهيد في الدروس مافي التذكرة للندرة وسهولة الميل، وقواه في المسالك وأستجوده في الكفاية وأنت خبير بأن الطريق اذا كان ممراً للجيوش والفرسان الكثيرة لايبعد اعتباره ولا يندفع بالندرة ، ولا بامكان أمالتـه على وجه لا يبلغهم، اذ قد لاتمكن الامالة لازدحام الفرسان وكثرتهم، فان أماله حينئذ أضر بالفرس أو الفارس، ولاريب انه أحوط، ومع الاعتياد يجب كما في مجمع البرهان ـ انتهى .

والظاهر ان الندرة وغيرهـا كندرة المار وغيرهـا لا يوجب صحة جعل الجناح ونحوه، لان الطريق حق للعموم، سواء من يمر نادراً أو غير نادر، وسواء من يأخذ رمحه نادراً أو غير نادر، فلايجوز مزاحمـة المسلمين في طريقهم ، بل وكذلك حال الكفار ، لان الحق للجميع من غير فرق بين الكافـر والمسلم ، وقولهم بالمسلم من باب المثال ، ولذا قال في مفتـاح الكرامة : ثم ان للكافـر أيضاً حق المرور صرح به في التذكرة، ولاوجه للقصر على المسلم ـ انتهى .

ولما ذكرناه من عدم الفرق بين النادر وغير النادر .

قال في الجواهر : قد يقال : ان المعتبر عدم الضرر حتى في الصورة النادرة ، لانه المتيقن من الجواز فيماهو حق المسلمين كافة واليه أومىء فيما سمعته من التذكرة فيعتبر حينئذ في الطريق كونه على الوجه المزبور، وان لم يعتد ازدحام الفرسان والابل والكنائس الا انه ربما اتفق ذلك ، خصوصاً بناءاً على ان الاصل المنع لتعلق حق المسلمين باحيائهم ، والمعلوم جوازه من السيرة ذلك لاغير.

نعم لوقلنا : ان الاصل الجواز لكونه من مباح الاصل فيقتصر على المتيقن في المنع اتجه حينئذ ماذكروه الا ان الاول لايخلو من قوة ـ انتهى.

وهو كماذكره. اذ ليس الاصل الجواز ، فان أصل الجواز مرفوع بسبب الحق الطارىء ، وحيث ان المعيار هو عدم مزاحمتهم فلافرق في ذلك بين مزاحمة النور أو الهواء أو المرور أو غير ذلك ، فلايحق له أن ينصب أربعة أعمدة في وسط الطريق بحيث لاتزاحم الاعمدة المارة، ثم يضع فوقها سقفاً ممايوجب ظلمة الطريق ، أو عدم تهوية الطريق ، لان حقهم سابق ، وكحال مرور الفوارس حال مرور السيارات الكبيرة المحملة بالاثقال، وكذلك حال مرور القطار ونحوهما لوحدة الملاك في الجميع وهو سبق حق المسلمين ، ولو نصب الساباط أو ماأشبه في حقهم فمرت السيارات ونحوها مما أوجب اسقاط حملها وكسرها ونحوه ، فالظاهر الضمان اذا كان السبب أقوى من المباشر على القاعدة التي ذكروه في باب الديات .

نعم لوكان المباشر أقوى بأن أبصر السائق مثلا العريش فلم يدر له بالا مماسبب الاصطدام والانكسار لحمله، فانه هو السبب، بل وكذلك اذا وضع حجر عثرة في الطريق فبصر به المار أوالفارس أوالسايق فلم يأبه له، فانه اذا

تكسر كان هو السبب ، وان كان واضع العثرة فاعلا للحرام ويجب أن يكون نصب الجسور على الماء على هذا الغرار، فلايحق نصب الجسور المنخفضة ماتوجب مزاحمة السفن ، فان حق السفينة مقدم على حق الجسر ، فاللازم ارتفاع الجسر بحيث تتمكن السفينة من المرور من تحته بسلام .

نعم لوكان حق الجسر سابقاً لم تحق للسفينة مزاحمة الجسر ورفعه ،كما اذا نصب جسراً بين جبلين لا ماء تحته ، ثم جاء السيل وامتلاء بالماء من غير سابق وصار محلا لعبور السفن فان حق الجسر سابق ولا دليل على انقلاب الحق بعد مجيىء الماء ، ومثل الجسر والساباط والعريش وما أشبه الأسلاك الكهربائية والتلفونية ونحوهما ، فانه لايحق مدها بحيث يزاحم المارة ، لان حق المسلمين سابق .

نعم اذا مد الاسلاك في الصحراء ، ثم صار طريقاً فحق السلك أقدم مثل ماذكرناه في الجسر ، ثم انه لوفعل الساباط المزاحم لحق المارة ونحو الساباط، فالظاهر انه لايجوز ازالته بدون اذن الحاكم الشرعي ، وان لم يكن فعدول المؤمنين بخلاف ماذا وضع آلاته في دار غيره مثلا، حيث يحق له ازالة تلك الالات والفرق انه حق خاص فيحق لمن زاحم حقه تخليص حقه من مال الغير عدواناً، أما بالنسبة الى الطريق فالحق عام، فاللازم مراجعةمتولى الحقوق العامة وهو الحاكم الشرعي .

ثم ان الحاكم الشرعي انما يحق له الازالة بما يوجب أقل ضرر على المعتدى ، لان اعتدائه لايوجب سقوط دليل لاضرر بالنسبة اليه الا بالمقدار المجبور منه ، مثلا اذا كان الحاكم الشرعي يتمكن من ازالة الساباط بكسر الاخشاب والاجرات ونحوها وكان يتمكن من الازالة بدون كسر لايحق له الازالة

بالكسر ، لان الضرورة تقدر بقدرها ، وكذلك بالنسبة الى عدول المؤمنين ، وهل يحق نصب الجسر المانع عن السباحة فيما اذا كانت السباحة متعارفة هناك الظاهر العدم ، لان حق السابحين مقدم على حق الجسر ، اللهم الا اذا اضطر الى ذلك، حيث انه لم يتمكن من نصب جسر عال ، واحتاج الناس الى الجسر، فان حق الجسر مقدم لرؤية العرف ذلك عند التزاحم ، ولذا جرت السيرة على نصب الجسور الخشبية ونحوها على الأنهر بحيث لايتمكن السابحون من المرور تحتها ، وان كان حق السابح مقدماً زماناً .

ثم ان التذكرة قال: لو تضرر جاره بالأشراف ، فالاقرب ان له المنع ،لانه قد حصل به الضرر بخلاف مالو كان الوضع في ملكه فانه لايمنع وان حصل الضرر الى ان قال : ولست أعرف في هذه المسألة بخصوصها نصاً من الخاصة ولا من العامة : وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ، وأشكل عليه في مفتاح الكرامة بقوله : وتقييدهم بالمارة يقضي بأنه لو حصل ضرر على الجار بالاشراف على عياله لايمنع من ذلك للاصل ، وعموم ما يدل على التصرف فيما خلقه الله تعالى خرج ما اذا اضر بالمارة ، ويؤيده ان الممنوع منه التطلع على عورات الناس لا التمكن منه ، لانه يجوز له مثل ذلك في ملك نفسه ، وقد عرفت ان الممنوع عدم الاضرار بأهل الطريق لانه موضوع للاستطراق ، أما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه ، بل قالوا : انه لايمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة فضلا عن غير المار و الجار خارج عن ذلك كله .

أقول : لعل الموارد تختلف ، اذ الاعتبار بأن يرى العرف حق السابق ، سواء كان ماراً أو جاراً ، فمن المتعارف مثلا بناء طابقين او ثلاث طوابق مما يأخذ شيئاً من نور الجار وهوائه ، بل من نور الطريق وهوائه ، أما أن يكون

بحيث يرى العرف انه مزاحم لحق الجار أو المار ، فلافرق بين الامرين ، ولعله الى ما ذكرناه أشار الجواهر حيث انه بعد نقله عن المسالك وغيره : انه لاعبرة بتضرر الجار ، وانه كمالو وضعه في ملكه واستلزم الاشراف عليه قال : يمكن ان يكون بناء العلامة ما ذكرناه من ان المسلمين باحيائهم الطريق صارهووقراره وهوائه ملكاًلهم أجمع أوكالملك،فلايجوزلاحد منهم التصرف فيه بغير اذنهم ، أو اذن وليهم الا ان السيرة جرت على فعل ذلك و المتيقن منها الخالي عن ضررهم من جهة الاستطراق وغيره .

أما الخالي عن ضرر الاستطراق خاصة دون غيره فلا سيرة عليه فيبقى على أصل المنع ـ انتهى .

ولايخفى انه لايراد بالضرر بالنسبة الى الجار أو المار الا ما يطلق عليه الضرر عرفاً ، لاالضرر الذي يبيح، مثلا : التيمم بدل الغسل والوضوء ونحو ذلك ، لان هنا دليل لاضرر انما يكون أوسع من دليل لاضرر هناك بقرينة ان المراد هنا حق الجار وحق المار ، وان لم يطلق عليه الضرر الذي يطلق عليه هناك(فلا ضرر) فيالنص، وان كان بمفهوم واحد الا ان القرائن توجب توسعته وتضييقه ، ومن الضرر ان يجعل سردابه في الطريق بحيث يكون سقفه محلا لترجرج السيارات ونحوها ، فان ذلك ضرر عرفاً ، وحق السائرين مقدم على ذلك .

قال في الجواهر : وأما عمل السرداب فيالطريق النافذ اذا أحكم ازجه ولم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر المارة فقد صرح غير واحد بجوازه للسيرة أيضاً ، نعم لايجوز ذلك في المرفوع الا باذنهم ، وان احكم ، ومثله

الساقية من الماء ، وان لم يكن لها رسم قديم، لكن الفاضل منع من عملهافي النافذ ، وان أحكم الازج عليها، أما لو عملها بغير أزج فانه يمنع منها اجماعاً كما في الدروس ، ولكل واحد ازالتها، ولو تضرر الجار بالسرداب والساقية فالظاهر جريان البحث السابق فيها فلا يجوز فيها ـ انتهى .

أقول : يرد على قوله: ولكل واحد ازالتها ، ما تقدم من ان الامور العامة لايتمكن كل فرد من التصرف فيها الا باذن الحاكم الشرعي ، فان ذلك مثار التنازع ، ولانه حق الجميع فلا يحق لاحد التصرف بخلاف الحاكم الشرعي الذي هو ولي الجميع وقد تقدمت الاشارة الى ذلك .

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد : ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على أحداث روشن وشبهه على رأي ، وليس لغيرهم مع اذنهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق فيه ازالة ما احدثه بغير اذنه ، وفي مفتاح الكرامة : لانه تصرف في حقه بغير اذنه فكان له ازالته ، ولافرق بين ان يأذن الباقون أم لا؟ـ انتهى .

فانه سواء في المرفوع أو في غير المرفوع كيف يتمكن أحد التصرف في حق الجميع بالازالة ، خصوصاً بعد قول مفتاح الكرامة : ولافرق بين ان يأذن الباقون أم لا ؟ فان التعدي على الحق المشترك انما يكون ازالته بأذن الجميع أو وليهم في الازالة .

نعم اذا لم يكن في المرفوعة وغيرها ازالة المانع معداً في العرف تصرفاً في حقوق الاخرين لم يكن بأس بالازالة ،كما اذا وضع حجراً في طريق المسلمين فازاله أحدهم ، فانه لاتعد الازالة تصرفاً في حق الاخرين ، وكذلك اذا ربط دابته أوأوقف سيارته أو ماأشبه في الطريق العام، فان لكل فرد حق الازالة

فيما اذا لم يكن من شأنه التخاصم مما يكون عرفاً من شؤن الحاكم الموضوع شرعاً لمثله .

أما مثل بناء البالوعة والسرداب في طريق المسلمين حيث يضر بالطريق فانه ليس لواحد الحق في ردمهما، وانما هو شأن الحاكم الشرعي لانه الولي، فان الردم يعد تصرفاً في حق سائر المسلمين أيضاً ، ثم ان الاختلاف في عمل السرداب ونحوه تحت الطريق هو اذا لم يكن تحت الطريق أيضاً للعامة ، وكذلك نصب الساباط والعريش ونحوهما فوق الطريق والا لم يجز كل ذلك كما يتعارف الان في جعل الطرق تحتها نفقات وفوقها جسور لمرور السيارات والقطارات وما أشبه ، فان الدليل الدال على حرمة الاستطراق لسبق حقوق المسلمين آت أيضاً في فوق الطرق وتحت الطرق .

ومما تقدم من حرمة كل من الاضرار والتصرف في حق الآخرين مما يراه العرف حقا يعرف انه يلزم حمل رواية الدعائم على غير صورة الاضرار،[١] فقد روى عنه صلوات الله وسلامه عليه ، انه سأل عن الرجل يطيل بنائه فمنع جاره الشمس ؟ قال: ذلك له وليس هذا من الضرر الذي يمنع منه ويرفع جداره ما أحب اذا لم يكن نظر منه اليهم.[٢]

وفي رواية اخرى ، عنه عليه السلام انه قال : ليس لاحد ان يفتح كوة في جداره

---

(١) الدعائم : ج ٢ ص ٥٠٥ (الطبعة الثانية بمصر) .

(٢) الدعائم : ج ٢ ص ٥٠٥ (الطبعة الثانية بمصر) .

ينظر منها الى شيء من داخل دارجاره ، فان فتح للضياء في موضع يرى منه لم يمنع من ذلك [١].

فان الجمع بين الادلة يقتضي انه اذا لم يكن ضرر أو سبق حق جاز والافلا ، وان كان بين دارين مثلا يجعل كوة في أعالي الجدار حيث يأتي منه الضياء والهواء بدون ان يكون مشرفاً على دار الجار ، ولا ان يكون مؤذياً له أما ان يجعل الكوة في أسافل الجدار حيث يشرف على دار الجار عند مروره ومجيئه ورواحه مما يعد تصرفاً في حق الجار أو اضراراً به فذلك لايجوز والميزان العرف.

ومما تقدم ظهر وجه ما ذكره الدروس ، حيث قال : لايجوز الغرس في الطريق ، وان كان هناك مندوحة ، لان في الزقاق قد يصطدم ليلا وتزدحم فيها البهائم ولانه مع تطاول الازمنة ينقطع أثر الاستطراق في ذلك ، ويحتمل جوازه ما لم يتضرر به المارة من ذلك كالروشن والساباط ـ انتهى .

والظاهر ان ما أفتاه أولا، لان ذلك مناف لحق المارة ،وأحياناً لحق الجيران ولو صنع السرداب في الصحراء ثم صار طريقاً فالظاهر تقدم حق السرداب فان تعارض الطرفان فصل بينهما الحاكم الشرعي بالصلح القهري، وقد ذكرنا وجه مسألة الصلح القهري في بعض أبواب [الفقه] وكذلك بالنسبة الى ما لو زرع الاشجار فيما لم يكن طريق ثم صار طريقاً أو أحدث نهراً أو ساباطا أو ما أشبه ، وكذلك اذا كان سرداباً لايضر الطريق لمرور الدواب ، ثم جاء دور السيارات فصار سقف السرداب خطراً على السيارات ، الى غير ذلك من الامثلة ، والمعيار هو تقدم أحد الحقين على الاخر الا في مورد التزاحم

(١) الدعائم : ج ٢ ص ٥٠٥ (الطبعة الثانية بمصر) .

والتعارض ، حيث يصلح بينهما الحاكم الشرعي بالصلح القهري ، وأحياناً يكون الصلح باعطاء الحاكم الشرعي ثمن السرداب وما أشبه ، كما قد يكون احياناً بجعل طريق آخر لمرور الدواب والسيارات ونحوهما، وكما يقال في السرداب والطريق والعريش يقال بالنسبة الى العمارات العالية المزاحمة لطيران الطائرات، حيث الخطر على الجانبين ، أو على أحدهما ، فان اللازم مراعاة الحق السابق ، فاذا تعارض الحقان جعل الحاكم بينهما صلحا قهريا اذا لم يمكن الحل الا بذلك ، والا قدم الحل الاخر الذي فيه رضا الطرفين ، لان الصلح القهري قسر وهو لايجوز ما دام يمكن العمل بالرضا ، وحال الدكة في الطريق وايقاف السيارة والدابة وما أشبه كما ذكرناه ، وقد ألمعنا الى جملة من ذلك في [كتاب احياء الموات] .

ثم ان الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر : وعلى كل حال ، فلو كانت الرواشن والاجنحة وما شاكلها مضرة وجب ازالتها على الواضع الغاصب وعلى كل قادر على رفع المنكر ولو بالزام الغاصب الواضع بذلك ، اذ لايجب على غيره الازالة ، لانه لاتزر وازرة وزر اخرى ـ انتهى .

وقد عرفت انه لازم على الحاكم لاعلى سائر الناس من باب رفع المنكر نعم الغاصب ان تمكن من الازالة بدون اضرار وجب عليه ، أما اذا كانت الازالة أيضاً اضراراً رجع الى الحاكم الشرعي ، والحاكم الشرعي الذي يزيل أو غيره ممن جاز له الازالة يأخذ أجرتها من الغاصب لدليل لاضرر ، فليس على بيت المال دفع ذلك ، وان كان معداً لمصالح المسلمين ، ولو سببت الازالة الضرر على الجيران أو المارة ضرراً مادياً تحمله الغاصب أيضاً للدليل المذكور .

ثم الظاهر انه لايلزم العلم بالضرر ، بل يكفي احتمال الضرر احتمالا عقلائيا، لان دليل لاضرر يشمل مثل ذلك، ولذا يمنع عن السفر اذا كان فيه خوف الضرر، ويستدل على ذلك بدليل لاضرر (١)، كما اذا كان المسافرون في كل عشر سيارات تسقط سيارة منهم في الهوة مما يوجب تلف جميع الركاب ، فان الذهاب فيه تسعة احتمالات عدم الضرر، واحتمال ضرر واحد ومع ذلك لايجوز مثل هذا السفر ، فلا يحتاج الى الظن ونحوه ، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتب : [الطهارة والصلاة والصوم] بما اذا احتمل الضرر في الطهارة المائية أو الصلاة واقفاً أو الصوم الى غير ذلك، ولذا ذكر الفقهاء خوف الضرر في المقام الذى يجتمع مع الظن والشك والاحتمال اذا كان الاحتمال عقلائياً.

نعم في الاحتمال غير العقلائي لايكون خوف الضرر ، وان خاف فرد خوفاً شخصياً لوسوسة أو ضعف نفس أو ما أشبه ، اللهم الا اذا وصل الى حد الحرج .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو كان ضررها بأن أظلم بها الطريق على وجه ذهب الضياء منه أصلا، فانه لاخلاف ولا اشكال حينئذ في انه يجب ازالتها ، بل في المسالك الاجماع عليه ، بل وكذا اذا ذهب على وجه يضر المارة ولو ضعيف البصر منهم ولو ليلا لما عرفت من اعتبار عدم الضرر في الجواز فما عن الشيخ من اطلاق عدم تأثير الظلمة في المنع في غير محله ولعله الى ذلك أشار المصنف بقوله : قيل : لايجب ازالتها، اللهم الا ان يريد

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٥ .

ما لاضرر فيها على المارة ، فان وجود ظلمة ما بسببها مـن اللوازم ـ انتهى .

أقول: مقتضى القاعدة انه اذا كان ضرر ولو احتمالا أو تصرف في حق الاخرين عزفا لم يجز ، سواء كان ظلمة مـا أو أكثر ، وسواء كان ضاراً لضعيف البصر أو لقوي البصر أو للدابة أو ما أشبه للدليلين المذكورين، ولذا قال القواعد: أما لو كانت مضرة أو أظلم بها على الاقوى أو كانت في المرفوعة، فانه لايجوز ، وفي مفتاح الكرامة عدم الجواز في المضرة بالمارة مما لاريب فيه، وفي التحرير: لو كانت مضـرة وجب ازالتها اجماعا قال : وهو خيرة المختلف والايضـاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك ، ثم قال : ولعل المراد بذهاب الضيـاء أو بعضه ما هو أعم من ان يكون في بعض أوقات المرور أو كلها ليلا أو نهاراً لكل احد أو لبعض الناس كضعيف البصر والضرر أعم من ان يكون لخوف المعتاد أو اتلاف شيء من المارة ، ولايندفع بوضع السراج ، اذ قد لاتذهب الظلمة به ، وقد ينطفيء ، وقد يموت ولايفعله وارثه ـ انتهى .

نعم ينبغي ان يستثنى من ذلك الطريق المرفوع الخاص بجماعة ، فانهم اذا قبلوا بالضرر أو مع دفعه بوضع الضياء أو ما أشبه جاز ، لان الحق لهم ، والورثة انما يتلقون الملك منهم فلا حـق لغيرهم حتى يكون كالطريـق العام الذى لايجوز لانسان ان يفعل الضار باجازة عموم من في البلد مثلا ، لان الحق ليس خاصا باهل البلد ، بل حـق الطريق ونحوه عـام لمن يسكنه الان ولمن يأتي بعد ذلك من الورثة أو غيرهم من المسافرين ونحوهم ، وحال الظلمة حال عدم نزول المطر فيما اذا جعل السقف من الزجاج ونحوه مما لايوجب الظلمة وانما يوجب عدم نزول المطر فيما كان المطر أيضاً فائدة عامة استحقها المارون فلا يجوز لاحد منعها ، وكذلك بالنسبة الى الاسواق ، اللهم الا اذا كان العرف

يرون عدم ضرر ذلك وعدم منافاته بحق من في السوق ، بل يرون ان فيه فائدة اتفق أهل السوق على ذلك، وان لم يكن السوق خاصاً بهم ، لان السوق أيضاً من الطرق العامة ، ولذا جرت السيرة قديماً وحديثاً على تسقيف الاسواق لمنعها عن الحر الشديد والبرد الشديد والمطر وما أشبه ، فيختلف الحال في الأسواق عن الشوارع ، اما جعل المظلات على حواشي الطريق لوقاية المارة عن الحر والبرد والمطر فالظاهر ان ذلك ليس مما ينافي الحق وليس مضراً بل بالعكس هو نافع ، ولذا لايرى العرف ان الحاكم أو غيره الذى يضع هذه الامور في الطرق فعل منافياً للحقوق أو أضر بالناس .

وكيف كان ، فقد علم مما تقدم وجه النظر فيما قاله الشرائع ممزوجاً مع الجواهر قال : ولو احدث الاجنبي أو بعض أهلها في الطريق المرفوعة حدثاً على غير الوجه الشرعي جاز ازالته لكل من له عليه استطراق ، من غير فرق بين المضر وغيره وبين كونه في الهواء كالروشن أو في الارض كالدكة ولا بين وقوعه باذن بعضهم وعدمه ، بل لو بقي واحد بغير اذن كان له الازالة ، بل وللاذن ذلك أيضاً لقاعدة التسلط واذن بعض الشركاء لاتجدى في المال المشترك ـ انتهى .

اذ لاوجه لذلك مع الاختلاف في الاذن وعدمه ، فهو كما اذا اذن أحد الشريكين دخول الدار ولم يأذن الاخر ، فان المرجع الحاكم الشرعي ، اذ لاوجه لتقديم احدهما على الاخر بعد ان دليل السلطة مشترك بينهما والحاكم الشرعي يحل الامر بالمهايات في مثل اذن أحدهما أو بغير ذلك مما يكون أقل تصرفا في السلطة ، لان الضرورات تقدر بقدرها ، وفي المقام أما يجعل بينهما الصلح على البقاء ، وأما يجعل بينهما الصلح على العدم اذا لم يمكن الافراز

والا كان الافراز مقدما على ما ذكر في كتاب الشركة .

أما ان للاذن الرجوع فسيأتي الكلام في انه فيماكاناذنه على نحوالاعارة لاعلى نحو اللزوم على تفصيل نذكره هناك .

(مسألة -٢-) قال في الشرائع : ويجوز فتح الابواب المستجدة فيها أي في الطرق النافذة.

وفي الجواهر: سواء كانت لها باب آخراليها أو الى طريق مرفوع أم لا؟ لما عرفت من ان المسلمين في ذلك شرع سواء ، ولايقدح في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح في بعض الصور ، لان ذلك انما يوجب نفوذ داره لانفوذ الطريق ، اذ ليس لاحد دخول داره الا بـأذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق ، بل لو فرض تحققه لابأس به أيضاً للاصل وغيره .

أقول : وذلك كما ذكره للاصل ، ولافرق فيـه بين المسلم والكافر ، لان الكافر الذمي ونحوه ايضاً حاله حال المسلمين في ان له الاستفادة بشرائط الذمة على ما ذكروه في [كتاب الجهاد]، كما ان للانسان أن يفتح دكاناً هناك أيضاً اذا لم يسبب ضرراً أو غمط حق بالنسبة الى الجيران ، لما عرفت من استثنائهما عن الجواز ، بل يجوز للانسان ان يجعل مكان داره ونحوها منفذاً آخر الـى ذلك الطريق ، كما اذا هدم داره وجعله منفذاً حتى صار لذلك الطريق ثلاثة منافذ أو أربعة منافذ، منفذان سابقان ومنفذ جديد بسبب داره هذه التي هدمها آخره.

وفي دعائم الاسلام ، عنه عليه الصلاة والسلام، انه قال : من أراد ان يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معها باباً غيره في شارع مسلوك نافذ ، فذلك له الا ان يتبين ان في ذلك ضرراً بيّناً ، فان كان في رائغة غير نافذة لم يفتح فيها باباً ولم ينقله من مكانه الا برضا أهل الرائغة،(١) ولا فرق في جعل بعض داره دكاناً بين أقسام الدكاكين من جعله بيطرة أو مطباً أومحل بيع البقول أو ما أشبه

---

(١) الدعائم : ج ٢ ص ٥٠٥ .

بالشرطين السابقين ، وكما يصح جعل الباب الجديد والروشن والكوة والدكة وما أشبه يجوز جعل بعض داره ساحة بتأخير جداره بقدر حتى يكون أمام الجدار ساحة ، فاذا أعرض عنها تكون من المباحات الاصلية ، واذا لم يعرض عنها تكون له بهذه الكيفية ، ثم اذا أعرض عنها بأن صارت من المباحات الاصلية لم يحق لانسان استغلالها فيما يضر الطريق أو الجيران أو يزاحم حقوقهم على ما عرفت ، وقد ذكرنا في [كتاب احياء الموات] تفصيل الكلام حول ان الاعراض مسقط للملك ، ويدل عليه صحيحة حريز، عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام قال : لا بأس بلقطة العصى والشواذ والوتد والحبل والعقال وأشباهه . قال : وقال أبو جعفر عليه الصلاة والسلام : ليس لهذا طالب (١). فهو كالتعليل لان الذي تسقط منهم هذه الامور يعرضون عنها .

وفي رواية اخرى ، عن الصادق عليه الصلاة والسلام قال : لا بأس بلقطة العصي والشواذ والوتد والحبل والعقال وأشباهه (٢).

الى غير ذلك من الادلة التي تدل على ان الاعراض مسقط للملك ، كما ان روايات السفينة المكسورة في البحر ايضاً تدل على ذلك .

وكيف كان ، فما اعتادت الحكومات التي تسمى بالاسلامية في الحال الحاضر من المنع عن فتح باب جديد أو شباك أو كوة أو جناح أو دكان أو ما أشبه خلاف الشرع، ولا يصغى الى كلامهم ، وذكرنا في [كتاب احياء الموات] انه لا بأس بما يسبب ازعاج الجار لجاره مما كان متعارفا وجرت عليه السيرة ، فاذا كان باب داره مبتعداً عن باب دار الجار مما لا يسبب ازعاجه عند الدخول

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٦٢ الباب ١٢ من أبواب أحكام اللقطة ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٦٣ الباب ١٢ من أبواب أحكام اللقطة ح ٣ .

والخروج ، أما اذا فتح باباً آخر سبب ازعاجه لم يكن بذلك بأس ان كان على نحو المتعارف .

ثم قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : أما الطرق المرفوعة وهي التي لاتنتهي الى طريق آخر ولا مباح ، بل الى ملك الغير وهو ملك حقيقة لاربابها الذين لهم أبواب نافذة اليها من دون من يلاصق داره ، ويكون حائطه اليها من غير نفوذ فلهم سدها عن السكة والارتفاق بها كغيرها من املاكهم ، ولهم قسمتها فيما بينهم وادخال كل منهم حصته الى داره .

أقول : وذلك لانه لهم أو هم مختصون به ، وعلى كل حال يصح ذلك اذا رضى الجميع ، وكذلك حال الذين هم في أخير المرفوعة ، فان لهم ان يفعلوا بما هو مختص بهم نحو ذلك ، لان في الاخير ليس اشتراك بين الجميع وانما خاص بالذين هم في الاخير ، هذا ولكن عن بعض الشافعية المنع عن سد الطريق المرفوع ، لان أهل الشارع يلتجئون اليها اذا عرض لهم سبب من زحمة وشبهها ، وعن المقدس الاردبيلي التأمل في ملك الطرق المرفوعة لاهلها ، وذكر الحدائق الوجه في ذلك بأن التصرف دليل الملك ، ولكن في الشوارع لما لم يكن المتصرف متعيناً لم يترتب عليه الملك بخلاف المرفوعة ، وفي مفتاح الكرامة: قد يقال انا نمنع ان الطريق المرفوع ملك لاربابه اذاكان مستند الملك مجرد كونه مسدوداً ، وان أبوابهم شارعة اليه وانه محل ترددهم .

قال في التذكرة : يجوز لكل أحد الاستطراق في الطرق النافذة على أي حال شاء من سرعة وبطيء وركوب وترجل، ولافرق بين المسلم والكافر، وأما الطرق المقطوعة فكذلك مع اذن أربابها ، ولو منع واحد منهم أو منعوا

بأسرهم فالاقرب عدم المنع، لان لكل أحد دخول هذا الزقاق كدخول الدرب النافذ وهذا صريح في انها ليست ملكاً قال : وفيه اشكال ، الى آخر كلامه .

والظاهر ان الطريق المرفوع على ثلاثة أقسام :

الاول : ان كان ملك بعضهم أو جميعهم اخرجه أو أخرجوه فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة، وفي هذه الصورة لااشكال انها ملكهم لعدم وجه لسقوطه عن الملك بعد عدم اعراضهم، ومجرد جعله طريقاً لايؤدي الى ذلك، كما اذا جعل انسان داره طريقاً فيما كان بين شارعين مثلا، فانه لايسبب زوال ملكه ، بل له أن يبنيه من جديد حتى ينقطع بين الشارعين .

الثاني : ان يكونوا قد أحيوه مع سبق الحق العام ، كما اذا أحيوا دوراً حول عتبة مقدّسة كانت تلك الاراضي ممراً الى العتبة مجيئاً وذهاباً بحيث لم يكن أحياء الدور مزاحماً للمارة فصار في وسطها طريق مسدود ، فانه لادليل على صيرورة الزقاق ملكهم، بل الاصل بقائه لكل الناس .

الثالث: مالم يكن القسمين السابقين ، وهذا لا بعد في صيرورته ملكاً لهم لانه يرى عرفاً انهم حازوه، فيشمله دليل من سبق، وبذلك يظهر ان تأمل المقدس الاردبيلي في محله في الجملة .

أما قول الحدائق من ان التصرف دليل الملك الى آخره ففيه ان الكلام ليس في عالم الاثبات، بل في عالم الثبوت، وبهذا يظهر ان قول الجواهر في رد من قال بأن الزقاق ليس بملك غير واضح قال : لان الطريق المرفوع ان كان ملكهم اخرجوه لهم فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة فلا اشكال ، بل هو خارج عن محل البحث ، وان كان من المباحات فقد أحيوه وحازوه على هذا الوجه الخاص بهم ضرورة كون احياء كل شيء بحسب حاله ، وهذا وان

اقتضى كون الشارع ملكاً للمسلميـن باعتبار ان هذه الحيازة التـي ليست من معين ، بل المعين سلكـه أيضاً على جهة العموم تقتضـي ذلك الا انـه للسيرة المستمرة في العمل في الاعصار والامصار جعل ذلك على الوجه المزبورمن غير رجوع الى اذن حاكم الشرع، بل ليس له ولا لغيره من المسلمين المنع مع فرض عدم تضرر المارة أويقال بعدم تحقق الحيازة التي هي الاختصاص عن الغير باستيلاء ونحوه ، فلايتحقق حينئذ الملك في النافذ دون المرفوع ، ولذا قالوا: انه ملك لاربابه بخلاف النافذ، الى آخر كلامه، اذ قوله حاز على هذا الوجه الخاص بهـم الى آخره ليس على اطلاقـه ، بل قد تكون الحيازة على وجه يخصهم ، وقد تكون الحيازة على وجه لهم العبور والمرور كسائر المسلميـن وهذا هو الاقرب ، بل السيرة أيضاً تقتضـي ذلك لما نشاهده في اطراف الاضرحة الطاهرة من الزقاق المرفوعـة التي كانت سابقاً محل عبور ومرور ثم جائوا وبنوا حولها دوراً ، فانهـم اذا جعلوا بابـاً على باب الزقاق استنكره المسلمون ورأوا انهم يتصرفـون في غير حقهم ،كما انه لادليل على انه لايجوز اخراج الباب والروشن ونحوهما من البيت الذي ليس لـه باب في هذا الزقاق فيما اذا لم‌يكن ملكاً لهم، بل‌كان بالحيازة .

فقول الشرائـع ممزوجاً مع الجواهر : كما انـه لايجوز لاحد من غير أربابها احداث سابـاط ولاباب فيها ولاجناح ولا غيره الا باذن أربابه ، سواء كان مضراً أو لم‌يكن لانه مختص بهم ، وكذا ليـس لبعضهـم أيضاً ذلك الا باذن شركائه محل نظر، فان الذين هم في هذا الزقاق ، سواء كان لهم باب أو لم يكن لهم باب كلهم ذو حق في‌هذا الشيء، ولوشك فأصل الاباحة محكم.

ومنه يعلم وجه النظر في قول العلاّمة: أوكانت في المرفوعة فلايجوز ،

وان علله مفتاح الكرامة بقوله: وأما عدم جوازها لو كانت في الطرق المرفوعة فواضح، لانها مملوكة لارباب الابواب فيها فهم محصورون فلايجوز لاحدهم التصرف فيها بدون اذن الباقين ـ انتهى .

اذ دليلـه أخص من المدعى علـى ماعرفت من الاقسام الثلاثـة ، ثم ان المسالك قال: ومما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير اذن أربابها المرور فيها، والوجه فيه ماتقدم من الملك، والاقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال فلو منع أحدهم حرم، أما الجلوس فيها وادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا، الا مع اذن الجميع لاصالة حرمة مال الغير بغير اذنـه وانتفاء شاهد الحال فيه غالباً، نعم لو كان الجلوس خفيفاً غير مضر يتناوله شاهد الحال .

وعن الدروس : يجوز للاجنبـي دخول السكة المرفوعـة بغير اذن أهلها عملا بشاهد الحال والجلوس غير المضر بهم ولو نهاه أحدهـم حرم ذلك ـ انتهى .

أقول : أمّا الملك فالظاهر انه لا يجوز أي تصرف الاّ بشاهـد الحال أو الاذن الصريح ، واذا اختلـف الارباب بأن أجاز بعضهـم ولم يجز البعض كان اللازم المرافعة الى الحاكم الشرعي لماعرفت في بعض المسائل السابقة من تعارض السلطتين فلاوجه لتقديم احدى السلطتين على الاخرى .

وعليه فاطلاق ماتقدم عن المسالك وذكره غيره أيضاً من قوله : فلو منع احدهم حرم، محل نظر، وأما غير الملك فلايأتي فيه ماذكروه اطلاقاً.

قال في الجواهر : نعم قد يقال باقتضاء السيرة والطريقـة جواز الدخول فيها والجلوس مع فرض عدم تضرر أهلها وعدم اعتبار المساواة في استطراق أربابها قلة وكثرة منه أو من اتباعه والمترددين اليه ، بل قد يقال بحصول الاذن

شرعاً، وان كان فيهم مولى عليه من طفل أو غيره ، بل يمكن القول بذلك حتى مع منع بعضهم، ويمكن ان يريدوا بشاهد الحال تلك الاذن الشرعية وظاهرهم الحرمة بمنع احد منهم، وان اذن له من أراد دخوله اليه ، بل وان كان اضيافه واتباعه، بل مقتضى ذلك ان لبعضهم منع الاخر أيضاً، الى غير ذلك من الاحكام المترتبة على الشركة الحقيقية المعلومة بالسيرة خلافها ـ انتهى .

وماذكره هو مقتضى القاعدة، ويمكن أن يستدل له بأن الحيازة لم تكن الا على هذا الوجه فلاحق لبعضهم في منع البعض الاخر أو أضيافه أو ماأشبه ذلك، فلاحاجة الى الاذن الشرعي، اللهم الا ان يريد بالاذن الشرعي مايستفاد من دليل من سبق ونحوه ، لا اذن شرعي من حاكم ، بل اذن شرعي هو على طبق الاصل ، وفي مفتاح الكرامة بعد ان نقل عن العلاّمة جواز الدخول بسبب الايات المستندة الى قرائن الاحوال، فاذا عارضه نفس المنع عمل به وأما الجلوس وادخال الدواب اليها فالاقوى المنع الا مع اذن الجميع قال : وأنت خبير بأن اعتماد جميع الناس على هذه الايات مشكل ، لان كل احد يدخل هذا المرفوع من غير اذن أهله ويقف فيه ويدخل اليه احماله ودوابه ويبيع فيه التبن والحشيش ، ولو لم يكن سائغاً لورد المنع عنه ولو عن بعض العلماء ، ولو كان ذلك لنقل الينا بالعادة ، بل لو كان ملكاً لماجاز لبعض أهلها ذلك الا برضى الجميع لما شددوه في التصرف في المال المشترك من دون اذن الشريك ، ولو توقف على اذنهم للزم الحرج العظيم ، بل لو كان موقوفاً على اذنه والذهاب اليه فيه لدار ، بل قد يصرح بعضهم بالمنع، ولا يرد ذلك لو كان مملوكاً لهم بوجه شرعي ـ انتهى .

وكلامهما جيد ، اذ المنع محتاج الى الدليل بعد ان كان الاصل والسيرة

على الجواز وان كان فيه بعض المناقشة .

قال في الشرائع : وكذا لوأراد فتح باب لايستطرق فيه دفعاً للشبهة ، وفي المسالك أي لشبهة استحقاقه للمرور فيه بعد تطاول الزمان ، فانه اذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور لانه وضع له ، وبهذا حصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط جملة ، فان الثاني جائز دون الاول، لان رفع الحائط لايستدعي استحقاق المرور بوقت من الاوقات ، اذ ليس فيه دلالة عليه بخلاف الباب ، ولافرق في هذا الحكم بين الذي لاحق له في الطريق المذكور كالجار الملاصق لها بحائطه وبين من له باب فيها اذا أراد احداث باب آخر أدخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه الباب ، ويحتمل ضعيفاً الجواز كما سيأتي .

أقول: يأتي الكلام هنا في الصور الثلاث المتقدمة التي أولاها : ان يكون الطريق لهم جميعاً بالملك ، وهذا لاينبغي الاشكال في جواز فتح الباب اذا لم يكن زائداً على حقه بالنسبة الى الامر المشترك ، فان الامر المشترك لكل واحد حق فيه بقدر حق الاخر ، ولا يصح لاحدهم الزيادة على حقه ، فاذا أراد فتح باب أو بابين أو ما أشبه زائداً على أبواب الاخرين كان له الحق اذا لم يرى العرف انه يتصرف في المشترك أكثر من حقه والالم يجز على القواعد الاولية .

والثانية : ماذكرناه من أمثال الازقة حول حرم المعصومين عليهم الصلاة والسلام ، وهنا ايضاً ينبغي القول بالجواز، اذ لاوجه لعدم الجواز بعد ان عرفت تساوي الناس فيه على الاصل .

الثالثة : (والظاهر هي مراد من ذكر هذا الفرع) ان يستملكوا الزقاق بالاحياء في أطرافه ببناء الدور وما أشبه ، وفي المقام لا اشكال في فتح الباب

الاقرب الى رأس المرفوعة بالنسبة الى من له في المرفوعة الباب ، لانه ليس تصرفاً في حق الاخرين ، وانماالكلام في فتح باب ادخل ، أوفتح الباب لمن لاباب له ، ودليل المشهور على المنع اصالةالعدم ، ولانه ملك لغيره ، فلايجوز له التصرف فيه وللشبهة، كماذكره الشرائع وغيره ، وقد قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة : ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعاً للشبهة كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح والارشاد وشرحه لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك ، وهو الذي يقتضيه اطلاق الغنية ، وقد نفى عنه الخلاف .

وقال في الكفاية : مرادهم بالشبهة ماقاله في المبسوط من ان فتحه في الجملة دلالة على الاستطراق ، وثبوت الحق في ذلك الزقاق ، وخصوصاً اذا مضى عليه مدة وماتت الشهود فكان فيه مفسدة ، من غير فرق بين الذي لاحق له في الطريق المذكور كالجار الملاصق له بحائطه ، وبين من له باب فيها اذا أراد احداث باب أدخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه الباب ، ولايخفى ما في الادلة المذكورة من النظر، اذكون الاصالة المنع غير ظاهر بعد كون الاصل الجواز فانهم لما أحيوا الارض كان لكل واحد منهم ان يجعل بابه أدخل وغير أدخل، وان يفتح بابين وأكثر وأقل، فهذا الاصل مستصحب الى ان يعلم المزيل ولا علم بالمزيل ، وكذلك بالنسبة الى ذي الحائط الذي لم يحدث فيه باباً ، فانه أي فرق بين ان يحدث في أول الامر الباب أو يحدث بعد ذلك .

وبذلك يعرف وجه النظر في الدليل الثاني و هو انه ملك لهم فلا يجوز

لاحدمنهم التصرف في ملك الاخرين ، اذ يقال : ان الملك انما كان بقدر لا بحيث لايحق لصاحب الحائط أولصاحب الباب ان يحدث باباً أوبابا أدخل، فمن أين ان الملك صار هكذا ، واذا شك في تقيد الملك بذلك كان الاصل العدم ، لان الملك الاضيق يحتاج الى دليل آخر غير الملك الاوسع ، بل مقتضى ماذكروه انه لايجوز ان يجعل بابه أكثر عرضاً بما يكون أدخل ، ولو بمقدار نصف شبر أو أقل مع ان هذا الشيء مما لا يمكن القول به .

ومن هنا قال في الجواهر : لكن قد يقال : ان ذلك كذلك الا انه لا دليل على جواز منعه بذلك لامكان التحرز عن ضرر هذه الشبهة بالطرق المعدة لمثل ذلك ، وليس كل ضرر يكون على الغير بالتصرف في الملك يجب تركه قال : ومن هنا لاخلاف في انه يجوز فتح الروازن والشبابيك اليها ، بل الى دار الجار للاستضائة بها أو لغيره مما لا يحرم عليه مع عدم الاذن ، بل مع النهي لعموم تسلط الناس على اموالها ، نعم للجار وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه ، وان منع الضوء ـ انتهى .

لكن قد تقدم الفرق بين فتح الروازن والشبابيك في أسافل الحائط بمايكون تصرفاً في حق الاخرين عرفاً أو في أعالى الحائط بما لايعد تصرفاً في حق الاخرين اذا لم يكن محذور، كما اذا كان الجار لايرضى بفتح الشباك في أعالى الحائط باعتبار ان كلام زوجته وأهله يسمعه الجار اذافتح الشباك ، وذلك شيء مرغوب عنه، ويعد حقاً للانسان عرفاً ، وكذلك اذا كان الجار الذي يريد فتح الشباك في أعالى الحائط يدخن في بيته ومـا أشبه مما يسبب الشباك دخول الدخان أو الرائحة الكريهة من الدباغة ونحوها الى داره ، فان هذا يعد تضييعاً لحق الجار وتصرفاً في شأنه فيمنع عن مثله ، ولا فرق بين الامور المذكورة

ايجاباً وسلباً بين الدارين والدكاكين والمعملين والمختلفين الى غير ذلك ، لوحدة الملاك في الجميع .

ومماتقدم يعلم، حال‌ما اذا كان سرداب في‌الطريق المرفوعة ويريدصاحب السرداب ان يفتح شباكاً أوباباً في‌سقف السرداب لاجل‌النور والهواء أو لاجل ادخال البضائع ، وكذلك اذا كان في الدرب المرفوعة سقف هو أرض لغرفة ذي الغرفة ويريد فتح روازن الى الدرب أو فتح باب لاصعاد البضائع منه الى الغرفة ، فان‌كل ذلك جائز الا اذا كان ضرراً للاخرين أو منافياً لحقوقهم عرفاً ، فيشمله لا يتوى حق امرء مسلم .

ومنه يعلم ، حال ما اذا أراد ان يفتح من الشارع درجاً الى فوق أو الى السرداب ، حيث ان ذلك جائز الا اذا سبب‌الضرر أو نافي حق الاخرين .

ثم قال الشرائع : ومع اذنهم لا اعتراض لغيرهم .

وفي الجواهر: لااشكال في‌الجواز، فانه لاحق للغير الخارج‌في الاعتراض على ما يفعلونه هم أهل السكة المرفوعة، وهوكما ذكروه لان الغير ليس بذي حق حتى يمنع الا اذا منع الحاكم الشرعي‌كماتقدم تفصيل الكلام فيه .

وفي القواعد : واذنهم اعارة يجوز الرجوع فيها .

وفي مفتاح الكرامة قال : كما في الغنية والتذكرة و الدروس والمسالك ، وفي الثاني نفى العلم بالخلاف فيجوز له الرجوع فيه لكل واحد منهم متى شاء وتبطل بموته وخروجه عن التكليف باغماء أو جنون ، وهل يجب عليه الارش ، لانه سبب في اتلاف مال الغير أم لا ؟ وجهان ـ انتهى .

وأيده في الجواهر بقوله : الظاهركون ذلك كالعارية يجوز لكل الرجوع

عن ذلك ، بل تبطل بالموت والخروج عن التكليف بالجنون والاغماء ونحوهما ـ انتهى .

لكن يمكن ان يقال : انه فرق بين قصد الاذن ان يعطي على نحو العارية أو على نحو الهبة ، اذ لافرق بين العين والحق في تمشي الامرين فيهما ، فاذا قصد الهبة أتت مسائل الهبة التي تسترجع أو لا تسترجع على تفصيل مذكور هناك ، أما اذا كان على نحو العارية فله حق الرجوع ، ولوشك في انه قصد أيهما فهو المرجع ، ولو اختلفا كان من مورد التحالف لعدم الجامع ، لكن ربما يقال : ان الاصل مع العارية لامع الهبة ، لان الهبة ازالة الملك بالاضافة الى جواز تصرف الطرف فيه ، بينما العارية ليس فيها ازالة الملك ، فاذا شك في ازالة الملك كان الأصل العدم وعليه ، فاذا مات أو جن أو ما أشبه وشك الاخذ كان مقتضى القاعدة الارجاع فتأمل .

ثم في التذكرة له الارش للسببية في اتلاف المال على اشكال .

وفي الجواهر : لعل كلام التذكرة لامكان منع التسبيب بعد فرض كونها عارية من حكمها جواز الرجوع بها ، اللهم الا ان يقال : انه لم يعلم جواز الرجوع بها مجانا لقاعدة الضرر .(١)

والحاصل : ان وجه الارش هو ان الاذن سبب ضرر المأذون فعليه ان يتحمل الخسارة ، ووجه عدم الارش ان مقتضى العارية الاسترجاع فما فعله الاخذ لم يكن ضرره على المعير ، وانما ضرره على نفسه ، لانه أقدم على ذلك ، كما اذا أعار آنيته لغيره ، فملاء ذلك الغير الاناء بالماء ، ثم أراد استرجاعه وكان افراغ

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ و٣٤٢ الباب ١٢ من أبواب الموات ح ٣ و٥ .

الانية من الماء يسبب اجرة ونحوها على المستعير ، فان الواجب على المستعير ارجاع الانية ، ويكون الضرر على نفسه لانه أقدم في ملائه الماء الموجب لضرره اذا اراد استرجاعه فهو مقدم على ضرر نفسه، لان المعير أضره، هذا وربما يقال : ان العرف يرون ان الاجازة هبة لاعارية حتى اذا مات أو أغمي عليه بطل ووجب الارجاع بسد الباب ونحوه ، أو يقال : ان الاذن في الشيء اذن في لوازمه ، وعلى أي حال ، ففتواهم بذلك جزماً محل نظر .

قال في الشرائع : ولو صالحهم على احداث روشن ، قيل : لايجوز لانه لايصح افراد الهواء بالبيع ، وفيه تردد ، وفي القواعد : ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على أحداث روشن وشبهه على رأى حكاه مفتاح الكرامة عن السرائر والتحرير والتذكرة والايضاح والحواشي والدروس وجامع المقاصد والمسالك وعن التذكرة انه أظهر عندنا، واشترط في الدروس تعيين المدة وجعله في التذكرة أولى ، ولانجد له وجها الاجعله فرع الاجارة وشرط في التحرير كونه معلوم القدر في الخروج والعلو والمخالف الشيخ في المبسوط والقاضي فيما حكى عنه وابن زهرة نافياً فيه العلم بالخلاف قالوا : لايجوز لان فيه أفراد الهواء بالبيع وهو مبني على ان الصلح فرع البيع ، ومعناه ان الهواء تابع لايفرد بالمال صلحا كما لايفرد به بيعا .

أقول: مقتضى القاعدة انه يصح البيع كما تصح الاجارة والصلح والهبة وما أشبه من المعاملات الجارية على سائر الامور ، لان منتهى الامر انه حق والحق ايضاً يقابل بالمال ، وقد ذكرنا في أول البيع انه كما يجوز بيع العين يجوز بيع الحق ايضاً .

وفي مفتاح الكرامة : قد تسالمت الخصومة على خلاف ما في المسالك من جواز بيع الهواء منفرداً ، ومقتضى القاعدة هو الجواز ، لانه لاوجه لعدم الجواز بعد شمول الاطلاقات له ، وانه عقلائي خصوصاً في مثل هذه الايام، حيث تبنى الارض طوابق، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في مبحث [احياء الموات] ولذا أشكل في كلتي مقدمتي الشيخ للمنع الجواهر، حيث ان الشيخ بنى المنع على عدم صحة أفراد الهواء بالبيع ، وعلى كون الصلح فرع البيع فقال في الجواهر : المقدمان ممنوعتان للعمومات خصوصاً عمومات الصلح المقتضية جوازه وان قلنا بعدم افراده بالبيع .

ثم ان ما ذكره الدروس: من انه لوصولح بعوض لزم تعيين المدة وجعله في التذكرة أولى لايتم فيما اذا كان الصلح مطلقاً بمنزلة البيع والهبة ونحوهما، أما اذا كان بمنزلة الاجارة لزم ، ولذا قال في الجواهر بعد نقل كلامهما : فيه منع اعتبار المدة في الصلح عنه المراد به نقله نفسه اليه .

نعم لا اشكال في اعتبارها لو اريد منه القائم مقام الاجارة مثلا، ولوفرض الاذن منهم على انشاء التمليك له مجاناً أو بعوض ملكه ولكل حكمه ضرورة كون الفضاء ملكا كسائر الاملاك فيجرى عليه جميع احكامها ـ انتهى .

ثم ان مرادهم من الصلح مع أرباب المرفوعة الذين لهم الحق ، لان كل صاحب باب انما له الحق الى بابه ،لا الى بعد ذلك على اشكال ، فاذا فتحه صاحب الباب الاخير في اخير المرفوعة بعد باب داره لم يحتج الى اذنهم وان اراد صاحب الباب الاول الفتح قبل بابه احتاج الى اذن الجميع .

والحاصل: ان العقد ليس مشتركاً بين الكل مطلقاً انما كل قطعة منه مشتركة

بين بعضهم دون بعض».

ومنه يعلم حال وضع باب آخر بالنسبة الى أخير الابواب ، حيث يجوز له ان يجعل بابا آخر بعد باب داره، لان بعد باب داره لاحق لغيره فيه على ما ذكروا ، وان قد عرفت الاشكال فيه .

قال في مفتاح الكرامة : والحاصل : ان الادخل مختص بما بين البابين وهما شريكان في الطرفين، وقالوا : انه يجوز لكل من الادخل والاقدم اخراج بابه مع سد الاول وعدمه لا الادخال ، بل احتمل في التذكرة والكتاب جواز الادخال وقضية كلامهم الاول ان هذا الروشن المحدث ان كان خارجاً عن جميع الابواب فهو حق لهم أجمع ، وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج، لان مابين البابين مختص بالداخل، فانما يتوقف على اذنه فقط وقضية كلامهم الثاني انه يجوز لاحدهم اخراج الروشن ونحوه من دون اذن ـ انتهى.

ثم انه كما تصح المصالحة على ذلك تصح غيرها كما تقدم ولو تركها صاحب الدار بما يسقط ملكه عنها ، لان الاعراض مسقط للملك أو ارتد مثلا بأن صار من المباحات الاصلية لعدم وارث ولاحتياج الامام صح تملك كل أحد له كما هو شأن كل مباح ، ثم انه قال في مفتاح الكرامة : ويبقى الكلام فيما اذا جعل بعضهم داره مسجداً أو مدرسة أو رباطاً ، فان المسلمين كلهم يستحقون التردد الى هذه وهم غير أهل السكة ، فهل لهم الاعتراض مع رضا أهل السكّة ، وهل لهم ازالة ماأحدث بغير اذنهم اذا لم يكن مضراً في المسألتين احتمالان .

أقول : الظاهر جواز ذلك ، لان الانسان يفعل في ملكه مايشاء ، وقد تقدم انه لادليل على تملك أهل الزقاق له في غير الملك بحيث ينافي ذلك، بل وقامت

على ذلك السيرة، فانا نجد ان المسلمين في الزقاقات المرفوعة يقفون بيوتهم مساجد ومدارس وما أشبه ذلك ، وذكره المسلمين من باب المثال والا لو وقفه شيئاً يتردد فيه غير المسلمين كالمستشفى والمستوصف ودار العجزة ودار الايتام وما أشبه كان ذلك جائزاً أيضاً كما انّه قد تقدم ان له الحق في ان يهدم داره ويجعل الطريق المرفوع غير مرفوع ، أمّا العكس بأن يجعل الطريق النافذ مرفوعاً ببناء دار ، فانه غير جائز ، لان الطريق لكل المسلمين .

نعم ذكرنا في [كتاب احياء الموات] انه اذا انحرف الطريق عن هذا المسير بحيث سقط عن الموضوع التحق بالمباحات الاصلية وجاز ذلك .

(مسألة ـ ٣ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو كان للانسان داران مثلا باب كل واحدة منهما الى زقاق غير نافذ جاز أن يفتح بينهما باباً فضلا عن النافذين، بل يجوز فتح باب ذات الشارع الى ذات السكة فضلا عن العكس كل ذلك للاصل وقاعدة التسلط وأولويته من رفع الجدار الحائل بينهما وجعلهما واحدة الجائز له اجماعاً في جامع المقاصد وقولا واحداً في التذكرة، وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : ولذى الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان ، لانه يستحق المرور في كل واحدة من السكتين ورفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلهما داراً واحدة جائز بلاخلاف كما في المبسوط أو اجماعاً كما في التذكرة وجامع المقاصد ففتح باب من احديهما الى الاخرى بطريق أولى ، اذ هو عبارة عن رفع بعض الجدار فليس لواحد من أهل واحدة من السكتين منعه ، ولايقال: ان أهل تلك الدار لاحق لهم في المرور من هذا الزقاق، فكيف يأتون من هذا الزقاق بسبب رفع الحاجب.

لانه يقال : انهم ليسوا باسوء من الضيف ونحوه مما يجوز ، والعمدة انه لادليل على المنع ، وقد عرفت ان معنى ملك أهل الزقاق للزقاق شيء لاينافي أمثال هذه الامور ، كما لاينافي أمثال جعل الفاتحة أو الحفلة أو الوعظ أو ما أشبه في الدار مما يتراود بسببها الناس الى الدار ،كما لاينافي حق أهل الزقاق ايجار داره لعائلة ولو كانوا أكثر من عائلة أهل الدار أو هبتها لهم او بيعها أو ما أشبه من سائر أنحاء المعاملات .

ومنه يعلم ان اشكال بعض الشافعية في ذلك بسبب ان رفع الجدار يثبت له حق الاستطراق من الدرب الذى لاينفذ الى دار لم يكن لها طريق منه وذلك

ربما ادى الـى اثبات الشفعة في قول من اثبتها في الطريق لكل واحدة مـن الدارين في زقاق اخرى، غير تام، ولذا كان المحكي عن العلامة فـي التذكرة انه قال : ان قول هذا الشافعي غلط ، لان له رفـع الحاجز بالكلية ورفـع بعضه أولـى ، والمحذور لازم فيما اذا رفع الحائط مع انه لايبطل حـق الشفعة ـ انتهى .

اقول : أما حق الشفعة فالحكم تابع للموضوع ، فمتى تحقق الموضوع تبعه الحكم ، ولامانع في ذلك .

ومما ذكرنا يظهر وجه النظر والتأييد في كلام الجواهـر حيث قال : قـد يقال : ان الفتح المزبور وان لم يفد الحق المذكور الا انه يورث شبهة فـي الاستحقاق نحو الباب المفتوح لغير الاستطراق الذي قـد سمعت تصريحهم بالمنع منه، اللهم الا أن يمنع دلالتها على ذلك، بخلاف فتح الباب في الطريق، وعلى كل حال كما في الدروس عن ظاهر الشيخ من اشتراك أهل الزقاقين في الدرب من الجانبين فتبطل حينئذ شفعة كل منهما بالكثرة أو تثبت بناء على ثبوتها معها لاوجه له مع فرض كون المراد من أهل الزقاقين أي ذيهما ما يشمل من فتح باباً لداريه المتلاصقتين اللتين لكل منهما زقاق لما عرفت من عدم اقتضاء فتح الباب ذلك.

نعم لو كانت دار واحدة لها طريقان للزقاقين اتجه حينئذ ما ذكره وتثبت الشفعة له ولهم مع فرض تحققها مع الكثرة والشركة فـي الطريق فقد يكون لكل من أهل الزقاقين الشفعة في الدار ذاتها اذا بيعت مع الطريقين ـ انتهى.

وقد فصل الكلام في جامع المقاصد ومفتاح الكرامة حول ذلك فراجعهما.

ومما تقدم يعلم انه يصح لصاحب الدار الواحدة التي طرفاها في زقاقين

في طرف منها باب الى الزقاق دون الطرف الاخر ان يفتح الباب في الزقاق الاخر أيضاً ، سواء قسم الدار دارين أو ابقاها دار واحدة وذكرهم الدار والبابين من باب المثال ، والافكذلك حال الدكانين والفندقين وما أشبه ، كما ان الامر كذلك بالنسبة الى فتح باب ثالث في زقاق ثالث وهكذا .

(مسألة ـ ٤ ـ) قال في الشرائع : ولو كان في زقاق بابان أحدهما أدخل من الاخر فصاحب الاول يشارك الاخر في مجازه وينفرد الأدخل بما بين البابين، ولو كان في الزقاق فاضل الى صدرها وتداعياه فهما فيه سواء .

وقال في القواعد : وينفرد الأدخل بما بين البابين ويتشاركان في الطرفين .

وفي مفتاح الكرامة : أما ان الاول ينفرد بما بين البابين فهو المشهور كما في التذكرة والمسالك وجامع المقاصد مع زيادة في الأخير وهي ان عليه الفتوى ، وفي الدروس عليه متأخروا الاصحاب وهو الأشهر كما في الكفاية ، ولكن قوى في الدروس مشاركة الأدخل فيما دخل عن بابه لاحتياجه الى ذلك عند ازدحام الاجمال ووضع الاثقال ، وفي مجمع البرهان انه الظاهر ونظر فيه في جامع المقاصد بانه لايلزم من الاحتياج الشركة وانما المقتضى للملك هو الاحياء ، فاذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه ـ انتهى .

والظاهر هو ما قواه في الدروس، لانه لادليل على ان ما بين البابين يكون ملكا للثاني فقط ، اذ الدليل الذي استدل به المشهور غير ظاهر الوجه ، فانهم استدلوا لكون ما بين البابين للادخل بأن المقتضى لاستحقاق الخارج واستطراقه نهايته بابه فلا يشارك الداخل في الداخل لان حكمه بالنسبة الى هذا الزائد على بابه حكم الاجنبى، ومن المعلوم ان مثل هذا الدليل لايقاوم اطلاق من سبق فان كلا صاحبي البابين قد سبق الى احياء هذه السكة فكلاهما شريك في الجميع.

ويؤيده ما ذكروه من الدليل للقسم الثاني من المسألة وهو تشاركهما في الطرفين فان تشاركهما فى الطرف الاول واضح ، واما أنهما يتشاركان في الطرف الثاني فهو المشهور كما عن التذكرة والمسالك وغيرهما وقد

عرفت ان الشرائع صرح بالمشاركة ، وكذلك نسب المشاركة الى التحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ، واستدلوا لذلك باشتراكهما في الارتفاق فلا اولوية لواحد على غيره قالوا بخلاف ما بين البابين ، لان ادخلية الباب تقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق ويتحقق الترجيح ، ومن الواضح انه لو كان الطرف الادخل مشتركا فبالطريق الاولى يكون بين البابين مشتركا ، أما استدلالهم لكون الطرف الداخل بعد الباب الثاني لهما بأن كليهما لايحتاج اليه فلاأولوية للادخل من غيره فلا يخفى ما فيه، اذ الاحتياج وعدم الاحتياج ليس مناطاً ، فلو كان الاحياء منهما لكل الطريق فكل الطريق لهما ، وان كان الاحياء من كل واحد الى حد بابه فالفضلة خارج عنهما ، ولقد أجاد الجواهر، حيث قال : التحقيق بناء ذلك على اشتراك الجميع في الجميع الذي قواه في الدروس، ويؤيده ظهور اتحاد كيفية احياء الطريق المرفوع والطريق العام فكما ان اتخاذ جملة من المسلمين طريقاً على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة حتى لمن لم يستطرقه منهم لانه وقع ممن وقع بعنوان الجميع كذلك الطريق الخاص الذي اتخذ طريقاً الى دورهم على جهة الاشتراك بينهم في سائر وجوه الارتفاق التي منها الاستطراق الى الدار فكل منهم قد اتخذه لجميعهم على هذا الوجه ، ولذا كان بينهم أجمع على الشركة ، ومفتاح الكرامة ، وان اشكل في دليل المشهور، لكنه لم يتمكن من خلافهم قائلا للمناقشة في دليلهم مجال ، ولكن الخروج عما عليه الاصحاب مشكل جدا ، وذكر وجه المناقشة قبل ذلك ، وانه قد يقال : لو كان ما استدلوا به من الاستطراق دليلا للملك لكان الفاضل في آخر المرفوعة ملكا للاخر فكيف يقولون بانه مشترك؟ ــ انتهى.

ومنه يعلم ، ان الطريق لو كان واسعاً وكانت الابواب متقابلة لايختص كل

انسان بالطرف الذي الى بابه طولا ، وانما كل الطريق لكلهم وذلك لما تقدم عن الجواهر من كيفية الاحياء فلا حق مثلا لصاحب الباب الشرقي ان يمنع صاحب الباب الغربي من ان يمر في نصف الطريق الاقرب اليه ،وكذلك بالعكس ثم الظاهر من المسالك الميل الى ما ذكره الدروس حيث قال : وقيل:يشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الأحمال ووضع الاثقال، ولأن اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر بعيد ، بل متعسر والمتعارف الاحتياج حوله الى حمله من الداخل ، وان قلت كالقول بالاقتصار على ما حاذي الباب ، وما خرج ليس بجيد وقوى في الدروس الأشتراك في الجميع ـ انتهى .

ويؤيد عدم اختصاص ما بين البابين بالداخل انا نرى معاملة أصحاب الابواب معاملة واحدة ، سواء بالنسبة الى الطرفين أو بالنسبة الى ما بين البابين فأطفالهم يلعبون في كل أجزاء العقد وهم ايضاً يقعدون متسامرين الى غير ذلك حتى انه اوقال صاحب الباب الأدخل لصاحب الباب الاقرب الى رأس الطريق انه لاحق لك في الجلوس أو لاطفالك في اللعب أو ماأشبه ذلك رأوه العرف يدعى ما ليس له بحق ، ولايخفى ان هذا النزاع انما يكون فيما اذا لم تكن الطريق لهم جميعاً قبل الاحياء ، ولم يكن مثل ماذكرناه في بعض المسائل السابقة من قبيل احياء اطراف قبر المعصومين عليهم الصلاة والسلام ، والا فاشتراك الجميع في الجميع بالاستفادة في الثاني وبالملك في الاول هومقتضى القاعدة من دون نزاع .

أما ماتقدم عن الشرائع في الفرع الثاني بقوله: وتداعياه فالظاهر انه من باب المثال، اذليس المعيار التداعي، وانما الكلام في أصل المسألة بأنه هل حق لهما

أم لا ؟ سواء تداعياه أو لم يتداعياه ، فان التداعي وعدم التداعي في مقام الاثبات ، والكلام في مقام الثبوت.

نعم لو ادعاه أحدهما وأنكر الاخر وقال بالاشتراك احتاج مدعي الاختصاص الى البينة ، والا حلف المنكر حسب موازين الدعوى ، ومنه يعرف الكلام في الصدر ومابين البابين وفي الفضلة فيما اذا كان هناك عمود كهرباء أونحوه في آخر الزقاق واختلفا في السلك أو لم يختلفا أيضاً على ماذكرناه ، وكذلك اذا مد انبوب الماء أو الغاز أو ما أشبه من تحت الارض أو فوقه الى آخر الزقاق فانه لا دليل على ان الاول مشترك وما بين البابين مختص بالادخل والاخير مشترك أيضاً، بل مقتضى القاعدة اشتراك الجميع في الجميع .

ثم انه لافرق بين تساوي البابين أو ارتفاع أحدهما وانخفاض الاخر بأن تكون هناك درج يصعد منها الى الباب والباب يكون عالياً للشق الفوقاني أو نازلا للشق التحتاني، والباب الاخر باب للدار، أوأن يكون أحد البابين أرفع ، والباب الاخر أنزل بسبب ارتفاع احدى الدارين وانخفاض الدار الاخرى، كما يتفق ذلك كثيراً في البيوت القديمة حيث يرفع أحدهما بابه لترفيع مستوى داره بالتعمير ، بينما يبقى الباب الاخر منخفضاً لانخفاض داره ، ولافرق في ذلك كله بين ان يكون الفضلة مستقيمة أومنحرفة بأن كانت الفضلة ملتفة على الدار الداخلة ، ولوكانت الفضلة ملكاً للادخل سابقاً بأن بنى في أرضه دوراً وباعها مثلا ، وجعل الدار الادخل لنفسه وشككنا في انه هل جعل الفضلة للجميع أوباعها لبعضهم أولم يبعها، وانما بقيت ملكاً له، فالاستصحاب يقتضي بقاء الملك .

ومماتقدم يعلم وجه النظر فيما ذكره غير واحد كمافي الشرائع من انه

يجوز للداخل ان يقدم بابه الى الخارج، وكذا الخارج ، ولايجوز للخارج ان يدخل بابه وكذا الداخل ، والمراد بالداخل بالنسبة الى الادخل الذي هو خارج في القياس اليه ، وذلك لمافي الجواهر من ان ذلك كله مبني على اختصاص كل داخل عن الخارج بمادخل عنه، ومشاركته فيماخرج فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق الى بابه فكل ماخرج عنه له فيها حق وله حق التصرف في جداره برفعه أجمع فبعضه أولى، وليس كذلك بالنسبة الى الخارج اذا أراد ادخال بابه أو الداخل اذا أراد أنيجعل بابه ادخل .

نعم مقتضى ما ذكروه من ان الفضلة الزائدة لهما ان الاخير له حق ان يدخل بابه أكثر لانه يدخله فيالمكان المشترك بينهما،كما ان دار باب الخارج لوكان بعضها وراء دار الداخل بما امتدت الى الفضلة في الاخير كان له جعل بابه هناك في الفضلة لفرض اشتراكها بينهما، وقد سبق ان كل واحد من الذين هم في السكة له ان يجعل لداره بابين أوأكثر .

ومنه يعلم وجه ماذكره القواعد، حيث قال : ولكل منهما الخروج ببابه مع سد الاول وعدمه، فان سده فله العود اليه وليس لاحدهما الدخول ويحتمله اذ قدكان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط أجمع .

ومما تقدّم يعلم مافي اشكالالمشهور على غيرالمشهور بأن ما استدل غير المشهور به على جواز الادخال، مندفع بأنه وانكان له ذلكقبل فتح بابه الاانه تشخص حقه بالباب التي استطرقها، فله حينئذ الاستطراق من اي جهة شاء من جداره منتهياً الى تلك الباب دون الادخل منها ورفع الجدار كله لايقتضي

ثبوت حق الاستطراق له من اي جهة منه، بل بناءاً على انتهاء اختصاصه الى بابه يكون كذلك بعد رفع الجدار أيضاً، ولذا رده الجواهر بأن ذلك كله مبني على الاختصاص والاشتراك المزبورين أما بناء على ماذكرناه من اشتراك الجميع في الجميع المتجه حينئذ تساوي الاخراج والادخال من كل منهم في الجواز وعدمه لتساوي الجميع في الاستحقاق ـ انتهى .

وقد عرفت ان مقتضى القاعدة جواز الادخال والاخراج وتكثير الابواب أو تقليل الابواب، الى غير ذلك، ولادليل على عدم شيء من الامور المذكورة كما ان مقتضى القاعدة انه اذا كان لدار بابان في زقاقين فسد أحدهما، فانه له الحق في فتحه بعد ذلك، لان سده لايرفع حقه، فاحتمال انه اعراض والاعراض مزيل للحق فلاحق لـه اذا امتنع الاخرون الذين يشتركون في العقد بسبب اعراض هذا غير وجيـه ، بل قد ذكرنا في بعض المسائل السابقـة ان مقتضى القاعدة انه اذا لم يكن لاحدهم باب في هذا الزقاق كان له حق انشائـه لانه لا دليل على ملك الذين لهم الابواب للزقاق دون هذا الانسان الذي له حائط اليه.

وعلى ما ذكرناه ، فانه يجوز لكل واحد من الداخل والخارج والادخل اخراج روشن أو جناح أو ساباط أو ما أشبـه اذا لم يضر الاخرين ولم يكن منافياً لحقهم على ماتقدم، فقول الجواهر: نعم ليس لاحدهم اخراج روشن أو جناح أو ساباط بدون اذن جميعهـم لخروجه عن الاستطراق الذي وضع الاشتراك فيه على ماعرفت .

نعم لو قلنا باختصاص الداخل بما بين البابين اتجه حينئذ عدم اعتبار اذنه في الجناح والروشن والساباط ونحوها لعدم الحق له حينئذ ، وانما يتوقـف على اذن غيره ممن هو أدخل باباً ان كان والا لم يحتج الى اذن أصلا ـ انتهى.

محل نظر؛ وكذلك الحال بالنسبة إلى السرداب وحفر البالوعة وغير ذلك، ولايخفى ان الكوة قديراد من الروشن كالعكس، وكأنه فارسي استعمل عربياً أيضاً لانه منفذ النور، والساباط سقيفة بين دارين تحتها طريق، ويختلف عن الجناح الذي هو لايصل الى الدار المقابلة، واذا كانت السكة مشتركة بين الجميع على مارجحناه، فاذا اجبرت الدولة تعميرها بالتبليط وغيره كان مشتركاً بين الجميع على النسبة لا على التساوي لانها مقتضى قاعدة العدل، فاذا كان عرض دار أحدهم مائة ذراع والاخر خمسين كان على الاول ضعف ماعلى الثاني، هذا فيما اذا كان الحاكم عادلا له الحق في ذلك للمصلحة، أما اذا كان جائراً فيجوز لكل واحد أن يتخلص من أكثر مايقدر من التخلص منه ولو كان ذلك سبباً لان يعطي صاحب الاطول الاقل، وصاحب الاقصر الاكثر، فانه لايجب على الانسان دفع الظلم عن جاره بجلب الظلم الى نفسه، وحيث ان الطريق مشترك بين الجميع على ماعرفت، فاذا كان في بعض الطريق ارتفاع وانخفاض مما اجبر العادل على تسويته، فاللازم على الجميع الاشتراك، ولاحق لان يقول صاحب الخارج: ان الاعوجاج في الداخل فليس على شيء، اذ قد عرفت اشتراك الجميع بين الجميع، وتلاحظ هنا النسبة أيضاً، بخلاف ماذا كان الحاكم جائراً، اذ قد عرفت جواز الفرار عن كل مايجعله على أي منهم، فضلا عن الفرار عن بعضه فلاتلاحظ النسبة ونحوها في هذا المقام، وكذا الحال فيما اذا اجبر العادل أو الظالم أصحاب الزقاق أو السوق أوماأشبه بنصب السقف للوقاية من المطر والحر ونحوهما.

والنسبة التي ذكرناها انما تلاحظ بالنسبة الى العرض لابالنسبة الى العمق، فان كانت داران أحديهما أعمق من الاخرى وغير الاعمق أعرض فعلى الاعرض

أكثر من غيره، وان كانت داره أعمق لقاعدة العدل،كما لايلاحظ الاكثر أهلا من الاقل أهل بأن يقال مثلا: (فيما اذا كان عرضهما متساويين) ان داركيسكنها عشرون وداري يسكنها عشرة ، فالاستطراق منك أكثر فعليك الاكثر .

ومما تقدم يعلم وجه النظر فيما في الدعائم، فانه بالاضافة الى ضعف سنده يحتمل أن يكون من كلام المؤلف، لا من الرواية ، وان قال في الجواهر: انه خبر قال ، وأما السكة المرفوعة أوالمنسدة الاسفل فلايجوز احداث روشن ولا جناح فيها الا باذن جميع أهلها ، سواء كان في أسفلها أوأعلاها ، ولا فتح باب ادخل من بابه سد بابه أولا، ويجوز له اخراج بابه وان لم يسد الاولى على قول، ولو أذن أهل الاسفل في ادخال الباب ، فهل لاهل الاعلى المنع ؟ فيه اشكال من عدم استطراقهم، ومن الاحتياج اليه عند ازدحام الدواب والناس وهوأقوى، بل ظاهر هذه العبارة انه من فتوى القاضي ، لانّه رواية الامام عليه الصلاة والسلام ، ولقد أجاد الجواهر حيث قال في أخير كلامه : وبذلك كله بأن ان اطلاق الاصحاب سابقاً ان الطريق المرفوع ملك لاربابه ، وانه لايجوز لاحد منهم أومن غيرهم اخراج روشن أوجناح أوساباط أوفتح باب ولو للاستضائة غيرمراد منه ظاهره على وجه العموم، بل هوعلى الاهمال والا لنافاه ماسمعته من كثير منهم ممن صرحوا بكيفية اشتراكه، وبالفرق بين الداخل والخارج بالنسبة الى فتح الباب وغيره ، وان كان هو على مختارنا أليق منه على غيره، فما وقع لبعضهم من الاشكال في ذلك حتى ظن التدافع بين كلماتهم في غير محله ـ انتهى.

وان كان لا يمكن نفي التدافع في الجملة كما لايخفى على من راجع كلماتهم ، ثم ان بنيت الدور في الزقاق متعرجة غيرمتساوية فأجبر الحاكم

العادل تقديم المتأخر وتأخير المتقدم حتى يستقيم الطريق فلا كلام .

نعم على الحاكم أن يعطي ثمن من يؤخره اذا لم يكن بنائه غيرمشروع ، كما له أن يأخذ الثمن ممن يقدمه اذا كان له ثمن يرتبط ببيت المال أو بالاخر.

أما الحاكم الجائر اذا فعل كذلك، فمقتضى القاعدة انهم لو كانوا مشتركين في السكة فأعطى بعضها لاحدهم انه يجب عليه ارضاء غيره ممن كانوا مشتركين معه، لانه لااعتبار بفعل الحاكم الجائر،كما انه اذا أخر المتقدم بما وقع بعض داره في الطريق وصار من الطريق كان حكمه حكم الشوارع التي يفتحها الظلمة بهدم بيوت الناس والمساجد وما أشبه ، وقد ذكرنا في باب المسجد من [كتاب الصلاة] وفي [كتاب احياء الموات] انه لايبعد ان بهذا يحصل انعراض قهري تسقط الارض عن الملكية فيحق للناس المرور فيها ، وان لم يرض أصحابها،كما ان حكم المسجدية أيضاً يسقط بسبب ذلك، حاله حال وقوع آلات الناس في البحر وتفصيل الكلام هناك، والله العالم .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع : ولو اخرج بعض أهل الدرب النافذ روشناً لم يكن لمقابله معارضته ولواستوعب عرض الدرب .

أقول : وكذلك ليس لغيره من المارة لما ذكروه من الاصل والسيرة المستمرة على معاملته معاملة المباح من غير اختصاص لاهل الدور في شيء منه، ولافرق في ذلك بين الجيران والمتقابلين وسائر المارة وغيرهم، وكذلك حال الاجنحة ، أمّا بالنسبة الى الساباط الذي يوضع على جدار الغير، فذلك لايجوز الاّ باذن الغير، سواء كان ذلك الغير جاراً مقابلاً أوملاصقاً، كما اذا جعل الاعمدة من جداره الى تحت جناحه ، أو جعل الحمالات على جدار الغير ، وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن ، وان استوعب الدرب) كماهو حاصل كلام المبسوط والارشاد وصريح الشرايع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية ـ انتهى .

وقد تقدم انه لافرق في هذا الحكم بين العقد النافذ والعقد المرفوع ، لكن بالشرطين السابقين، وهما عدم الاضرار وعدم سلب حق الاخرين عرفاً، وقد تقدم سابقاً انه لوكان في فتح الروشن ، أو اخراجه الجناح تسلط على الجار بسبب روشن أو جناح له امام هذا الروشن والجناح ، فان التسلط لا يوجب المنع ، وانما لكل واحد من المتسلطين على الاخران يمنع الرؤية أو ماأشبه بسبب حجاب أونحوه، ثم المراد بالروشن فيهذه العبارة غير ماذكرناه سابقاً ، لان المذكور سابقاً انه الكوة وهنا بقرينة استوعب عرض الدرب وما يأتي ان المراد به الجناح ، ثم قال الشرائع : ولوسقط ذلك الروشن فسبق

جاره الى عمل روشن لم يكن للاول منعه لانهما فيه شرع كالسبق الى القعود في المسجد، وقد نقله في مفتاح الكرامة عن المبسوط والذين ذكروا من بعده من أصحاب الكتب المتقدمة كالارشاد والتحرير والتذكرة وغيرها، واستدلوا لذلك بما ألمع اليه الشرائع من ان الاول يزول حقه كما يزول حق الجالس في المسجد اذا ذهب، بل عن التذكرة والمسالك انه لو فرض ان الثاني أخرب روشن الاول ووضع روشنه مكانه لم يكن للاول ان يزيل الثاني ، وان كان الثاني ضمن ارش الاول واكتسب الاثم، لكن الظاهر المناقشة في كلتا الفتويين لماذكره غير واحد، وتبعهم الجواهر حيث قال: قد يناقش أولا بصدق الغصب واستصحاب بقاء حقه ، بل قد يناقش في نحو المقام بأنه قد ملكه بالحيازة ، بناءاً على كونه مباح الاصل على ماصرح به في الدروس فيستمر حينئذ على ملكه، وان زال أثره ، وقد احتمل في الدروس الملك في نحو المقام على بعد

(فرع) قال في الجواهر: لو جعل المقابل روشناً تحت روشن مقابله أو فوقه، فهل للسابق منعه لم أقف فيه على كلام، وقضية الاصل عدم المنع الا أن يقال لما ملك الروشن ملك قراره وهوائه وهو بعيد لانه مأذون في الانتفاع، وليس ملزوماً للملك الى آخره ، أقول: الظاهر المنع خصوصاً في صورة انه أزال روشن من في المقابل ، فانه مثل ان يقيم الانسان انساناً آخر عن مكانه في المسجد ويغصب مكانه ، فان مقتضى القاعدة ان الحق يبقى للسابق اذا لم يعرض عنه كما ذكرناه في [كتاب احياء الموات] ولا دليل انه بالاقامة عن مكانه جبراً يزول حقه .

والحاصل : ان دليل من سبق محكم بعد رؤية العرف الحق ، نعم اذا

أعرض سواء بعد سقوطه بنفسه أو اسقاط غاصب أو اسقاط الجار الذي يريد الروشن مكانه سقط حقه ، لان الاعراض مسقط للحق كماذكرناه في [كتاب أحياء الموات] مفصلا ، وألمعنا اليه في بعض المسائل السابقة ، وقد نقل التذكرة عن بعض الشافعية انه انما يزول حقه بالاعراض لا بالهدم والانهدام كالجالس في المباح للاولوية ، وعلق عليه مفتاح الكرامة بقوله : قلت: قول بعض الشافعية قوى جداً فيما اذا أقامه من مكانه قهراً أوهدم روشنه كذلك وهو جار في كل أولوية ، بل قد نقول ببطلان صلاته في ذلك المكان ، وهذا هو الذي أستوجهه في جامع المقاصد في باب احياء الموات وقال: لم أجد بهذا الفرع تصريحاً، وكأنه غفل عن كلامهم في الصالح ، وقد مال اليه في الروضة والمولى الأردبيلي قوى قول بعض الشافعية على اطلاقه وقال : انه ليس بأقل من التحجير، قلت : قد ذكر جماعة من الاصحاب ان حق أولوية التحجير لا تسقط بتغليب غيره، فمراده ان هذا مثله، لانه افاده أولوية ـ انتهى .

أما مسألة ان يبني الجار فوقه أو تحته ، فمقتضى القاعدة انه ان كان في العرف مزاحماً لحقه لم يجز له والا جاز ، واذا بنى فيما لم يجز له بأن كان حق السابق ثابتاً عرفاً مما يوجب شمول (لايتوى حق امرء مسلم)(١) له ، فان لصاحب الروشن السابق المرافعة الى الحاكم والحاكم يهدمه على تفصيل ذكرناه في [كتاب الغصب] .

أما انه بنفسه يهدمه ، فقد عرفت في بعض المسائل السابقة الاشكال فيه ، وان أفتى به غير واحد من باب النهي عن المنكر ، وانقاذ الحق ،

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب كتاب الدعوات ح ٥ .

أما البنايات ذات الطوابق التي يخرج الروشن من كل طابق منها فلا حق لصاحب الروشن السابق في منع صاحب الطابق الفوقاني أو التحتاني من اخراج الروشن ، لان اخراج الروشن الجديد ليس مزاحماً لحقه عرفاً ، وقد ظهربما ذكرناه انه لااطلاق في كلا الجانبين ، وان كان ربما يظهر من الجواهر ان الامر منحصر بينهما ،حيث قال : ينبغي بناء المسألة على ان الطريق المحيى بالاستطراق يكون ملكا لمن أحياه هو مع هواه فارض الطريق حينئذ وما تحتها وهواها ملك للمسلمين الا انه جرت السيرة والطريقة على تصرفهم فيه بمالا ضرر فيه على مارتهم ، وحينئذ فلا يملك ذو الروشن مثلا شيئاً من الهواء، بل هو على ملك المسلمين ، وانما له حق اختصاص ، فاذا زال أثره زال حقه ، أو ان المسلمين انما لهم منه حق الاستطراق ، فالفضاء والاسفل باق على الاباحة الاصلية يملكه من يحوزه ،ويجري عليه حينئذ حكم ذلك؟ لم أعثر على تحرير لهم في ذلك ،والذي ذكرناه سابقاً الاول ، وقلنا :ان حاله كحال الطريق الخاص في الكيفية ، بل هو الموافق لقاعدة من ملك أرضاً ملك هواها ، وقرارها الى عنان السماء وتخوم الارض ، ولاريب في ملك المسلمين نفس أرض الطريق بالاستطراق فيتبعها ذلك ،وحينئذ فالمتجه ان للسابق حق اختصاص سبقه ، فمتى زال أثره زال حقه ـ انتهى .

حيث قد عرفت ان مقتضى القاعدة هو ان السابق له بقدر حقه عرفاً ، ولا دليل على ان من ملك أرضاً ملك هواها وقرارها الى عنان السماء وتخوم الارض، اذ قد ذكرنا في [كتاب احياء الموات] ان الملك أمر عرفي والشارع انما قرر بالمقدار العرفي، أما ان يملك الى عنان السماء أو الى تخوم الارض فلا دليل عليه اطلاقاً ، فاذا ملك انسان الارض وكان المتعارف ان يملك الى

السرداب مثلاكان للاخرين الحق في ان يجروا تحته انبوباً ، وكذلك فيما اذا كان المتعارف ملك مقدار من الهواءكان للاخرين المرور من فوق ذلكبسبب الطائرة، أولو فرض امكان البناء بما لايكونمزاحما لحقه عرفا، ولايكون موجباً لضرره كان لهم ان يبنوا فوق ذلك ، فالامر عرفي ، والشارع باطلاقه قد قرره فلا يزادفي أحدالجانبين بأننقول بالجواز مطلقاأو بالمنعمطلقاً ، وانمامقتضى القاعدة ان نقول بالجواز في الخارج عن الحق العرفي وعدم الجواز بالنسبة الى الحق العرفي .

(مسألة ـ ٦ ـ) قال في القواعد : ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطراقه. وفي مفتاح الكرامة :كما في التذكرة والتحرير لانه قد تقدم ان له ان يفتح لداره في الدرب المرفوع باباً آخر الى صدر الدرب في الموضع الذي له استطراقه ، فاذا جعل الدار الواحدة اثنتين ثم فتح باباً للاخرى في موضع استطراقه لم يكن منه مانع ـ انتهى .

وهو كما ذكراه ، ومنه يعلم ان جعل الواحدة اثنتين من باب المثال ، فله ان يجعل الواحدة ثلاثا أو اكثر، كما له أن يجعل بعض داره دكاناً أو معملا أو غير ذلك ، ثم الظاهر انه ان أراد صاحب الدار في الطريق النافذ أن يجعل بعض داره رصيفاً يستريح فيه المارة ، ويكون رفقاً بهم جازله ذلك ولاحق للجيران في الاعتراض عليه بأنه يزعجهم بهذا العمل ، حيث يكون محلا للواقفين المنتظرين للسيارات أو للذين هم يستظلون بظل جعله لهم وقاية من الشمس أو المطر أو ما أشبه .

نعم اذا كان ذلك مزاحماً لحقهم عرفا أمكن المنع من باب لايتوى حق امرىء مسلم[1] ولم أجد فيه نصاً أوفتوى ، ومقتضى القاعدة هو الجواز إلا في الصورتين المستثنيتين من الاضرار وكونه توياً للاخرين، ولو شك في انه هل هو حق للاخرين أم لا ؟ فالاصل العدم ، ثم قال القواعد : عطفاً على ما تقدم من عبارته السابقة وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس ، ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة، ثم قال: وتصويره انه لو كان له دار لها باب في زقاق غير نافذ ولها حائط في شارع أو زقاق نافذ فأراد أن يفتح باباً في حائطه الى

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢٥ الباب ٤٦ من كتاب الشهادات ح ٥ .

الشارع جاز له لانه يريد أن يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه ـ انتهى .

وهو كما ذكره ، لان للانسان الحق في ان يجعل لداره بابين وأكثر ، ثم قال : ولو انعكس الحال وكانت بابه في الشارع وله حائط في المنقطع فأراد فتح باب للاستطراق ، فقد تقدم انه ليس له ذلك ، اذ لاحق له في درب قد تعين مالكوه ـ انتهى .

وفيه ما تقدم من ان مقتضى القاعدة وجود مثل هذا الحق له فلا حق لغيره في منعه، وعن الدروس انه يجوز العكس على الاقوى ، ثم قال مفتاح الكرامة: وهل يجوز لمن داره في صدر المرفوع ان يرفع جداره ويجعل المرفوع نافذاً كما جاز له ان يجعل داره مسجداً ؟ احتمالان، وقد يفرق بين ذلك والمسجد ـ انتهى .

لكنك قد عرفت سابقاً ان الانسان اذا هدم داره بما جعل غير النافذ نافذاً جاز ذلك ، لانه لادليل على المنع ، وكذلك اذا جعل داره مسجداً أو ما أشبه، فالمنع مطلقاً أو التفريق بين جعل غير النافذ نافذاً ، وبين جعل الدار مسجداً محل اشكال ، وقدتقدمت الصور الثلاث للمسألة .

(مسألة ـ ٧ ـ) قال في الشرائع : اذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره لم يجب على الجار اجابته ، ولو كان خشبة واحدة . وفي الجواهر : عندنا للاصل ، بل الاصول كما لايجوز له الوضع بدونها لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايحل مال امرء مسلم الابطيب نفسه[1]، ولقاعدة عدم التصرف في مال الغير بغير اذنه .

أقول : ولانه حق (ولايتوي حق امرء مسلم)[2] و(لاتبطل حقوق المسلمين)[3] ونحوهما أيضاً ، بل هو ضروري في مذهبنا ، فما عن أحمد ومالك والشافعي في القديم من وجوب الاجابة غير ظاهر الوجه .

نعم هم رووا عن أبي هريرة ، عنه صلى الله عليه وآله وسلم ، انه قال : لايمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره[4]. ولو صح الحديث كان من الاحاديث الاخلاقية ، لامن الاحاديث اللازمة .

وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد : (والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك) قال :اجماعاً كما في التذكرة، وعليه دل العقل لانه قاض بقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه وهو كذلك ، بل يمكن اقامة الادلة الاربعة عليه ، نعم يستحب الاجابة كما ذكره غير واحد من الفقهاء ، وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : ولاتجب عليه الاعارة ، بل تستحب ، هذا عندنا موضع وفاق كما في المسالك قال : وحكي في التذكرة

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٥ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب كتاب الشهادات ح ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٩ الباب ١٨ من أبواب الشهادات ح ٣ .
(٤) سنن البيهقي ج ٦ ص ٦٨ .

عن بعض الشافعية ان للجار ان يضع جذعه على جدار جاره ، وان امتنع اجبر فيجب عليه القبول لرواية أبي هريرة، ثم قال : وهو محمول على الاستحباب ان سلمنا صحته والا فالعقل والنقل قاضيان برده ، وعليه فدليل المشهور في الاستحباب هو ما ذكروه من ماورد من استحباب قضاء حوائج المسلمين،وما جاء في الوصية بالجار حتى كاد يظن انه يورث .

ثم ما ورد من ان الجار جار الى أربعين دار يعطي انه لافرق بين الجار المقابل والجار الملاصق، ثم قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: وحينئذ فلو اذن جاز الرجوع قبل الوضع اجماعاً بقسميه للاصل وغيره، بل ظاهرهم ذلك،وان استلزم ضرراً عليه بفعل المقدمات من بناء وغيره ، وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (ولو اذن جاز الرجوع قبل الوضع مجاناً) قطعاً كما في التذكرة واجماعاً كما في التحرير والمسالك وبغير خلاف عندنا كما في مجمع البرهان.

اقول : قد يقال: بلزوم تدارك ضرر المأذون اذا تضرر بسبب الاذن ورجع قبل الوضع ، لان الاذن سبب ضرره عرفاً ، فيشمله دليل لاضرر .

لايقال : ان المأذون هو الذى أقدم على ضرر نفسه ، لانه مع علمه في جواز رجوع الاذن أقدم على ذلك ، فهو كما اذا دعى غيره لوعد طعام أو ركوب في السيارة لايصاله الى مقصده مما تضرر بسبب المجيء فلم يف بوعده (لان الوعد غير واجب الوفاء) فانه لايتحمل ضرر مجيئه ،كما انه اذا ترك عمله وجاء مما فاتته اجرة عمله لم يتحمل الواعد اجرة عمله .

لانه يقال : لادليل على استواء المواضع بعد اختلاف العرف في ان بعض

الاضرار على الواعد وبعض الأضرار على الموعود فكل موضع يرى العرف ان الضار هو الأذن والواعد يجب عليه ان يتحمل الضرر ، لدليل لاضرر ، والا فالشارع أضر بالمأذون ، وكل مورد لايرى العرف ان الواعد والأذن هو الذي أضر فلا شيء على الاذن ، هذا وان كان في المسألة بعد تأمل ، وبحاجة الى التتبع .

نعم ربما يقال: انه من قبيل قول أحدهم للاخر ألق متاعك في البحر وعلى بدله، حيث انه لايتعدى كونه مجرد وعد ومع ذلك يكون القائل ضامناً للمتاع الملقى في البحر، وهناك اذا أجاز له أن يبني على حائطه كان مثل ذلك، حيث ان مفاد كلامه تضرر ولك حق الاستفادة من جداري حيث يجعل تضرره في قبال الاستفادة من جداره .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : وبعد الوضع المستلزم نقضه للضرر لايجوز الرجوع عند الشيخ ومن تبعه، لان مراد المستعير والمعير التأبيد فهو حينئذ كالعارية للدفن، وللضرر الحاصل بالنقض، حيث يفضي الى خراب ملك المأذون، ولكن مع ذلك فالقول بالجواز حسن مع الضمان، بل هو خيرة الفاضل والكركي وثاني الشهيدين لانه عارية ، ومن لوازمها جواز الرجوع الذي هو مقتضى الاستصحاب وقاعدة تسلط الناس وغير ذلك، والالحاق بالدفن قياس مع الفارق لتحريم النبش، وكذا العارية للرهن المقتضى لتعلق حق الغير به على وجه يقتضي اللزوم من طرف الراهن بخلاف ماهنا ، فانه لا حرمة على المالك في خراب ملكه الا انه نسبه في الدروس الى القيل مشعراً بتمريضه ، واحتمل المنع من النقض ، بل كأنه مال اليه ـ انتهى .

والظاهر انه لاحق للاذن في الازالة لا مع الارش ولا بدون الارش اذا لم يرض المأذون كما لاحق له في أخذ الاجرة بعد رجوعه عن اذنه، لانه قد أهدر حقه باذنه كما يراه العرف وصار الحق للمأذون ، فيشمله لايتوى حق امرء مسلم ، فهو كما لو قال له : كن هنا حتى أذهب وآتي فجعل الامر ماله عنده فذهب المأمور لشغله فسرق متاع الامر ، فان المأمور يكون ضامناً ،كما انه ليس للناظر حق الاجرة بعد أن جعل عمله مباحاً وبدون عوض، وكذلك فيما اذا أذن له ببقائه في داره ليلا الى الصباح ، فلما انتصف الليل قال : اخرج والا أعطني الاجرة ، فانه لاحق له في أحدهما ، حيث يكون الخروج ضرراً على الضيف وهكذا اذا أركبه سيارته الى بلد آخر مجاناً فلاحق له في انزاله وسط الطريق الموجب للضرر كما لاحق له في أخذ الاجرة من حيث سحب اجازته في وسط الطريق الى آخر الطريق الى غير ذلك من الامثلة ،كما اذا أجرى الطبيب العملية الجراحية مجاناً ، ثم يريد الترك في الاثناء بما يوجب الضرر على المريض أوأخذ الاجرة للبقية ، وعليه ففي المقام لاحق للاذن في جبره على الازالة أو ازالته بنفسه بعد أن أباحه ويتضرر المأذون بالازالة ،كما لاحق له في أخذ الاجرة بعد أن أباح مجاناً .

لايقال : الناس مسلطون(١) يقتضى حقه في سحب اباحته فله الاجرة جمعاً بين الحقين .

لانه يقال : هو أسقط حقه فالمسقط له (بالفتح) مغرور ، ومعنى رجوعه الى من غره عدم حق للمسقط (بالكسر) عليه ، فهو كما اذا اباح له شرب الماء،

---

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ (الطبعة الحديثة) .

وفي أثناء الشرب سحب اباحته بدون اعلام الشارب ، فهل له حق أخذ الثمن لبقية الماء منه ، وهكذا اذا أباح له الجلوس في داره سنة ، وفي أثناء السنة سحب اجازته من دون اعلام للجالس في الدار ، فانه لاحق له في أخذ الاجرة لبقية السنة ، لان الجالس مغرور ورجوعه الى من غره يقتضي عدم الاجرة عليه، الى غير ذلك من الامثلة ، فالمحكم في المقام قاعدة لاضرر وقاعدة الغرور لا الناس مسلطون على أموالهم ونحوه ،بل ربما يقال : انه من الهبة المتصرف فيها .

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المسالك حيث قال :الاقوى جواز رجوع الاذن لانه عارية ، ولان الاصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء والحاقه بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون خراب البناء ، ثم قال : وعلى تقدير الجواز هل ينقض مجاناً أو مع الارش وجهان مبناهما على ان الاذن انما أفاد العارية ولازمها الرجوع متى أراد مع اصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره على تخليص ملكه منه ، بل اصالة البراءة مطلقا ، وانه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقضه ، ولان فيه جمعا بين الحقين ، ولانه سبب الاتلاف لاذنه والمباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي وهو أقوى ـ انتهى.

ولايخفى عليك انه شبه تدافع بين كلاميه والافاذا جاز الرجوع لانه عارية اي حق للمأذون في الارش ، فان الادلة التي ذكرها للارش كلها محكومة بكونها عارية ، والدليل الحاكم مقدم .

قال في الجواهر: والاصل في هذه المسألة ما حكاه في التذكرة عن الشافعي، ومحصله خمسة وجوه :

احدها :ان له الرجوع ويتخيربين البقاء بالاجرة والقلع بالارش فيها وهو أظهر قوليها .

والثاني : ان له الرجوع والقلع بالارش ، وأما البقاء بالاجرة فمتوقف على رضاهما بذلك وهو خيرة ثاني الشهيدين والمحققين ، واستحسنه في المتن .

الثالث : ان له الرجوع ولايجوز له النقض وانما له الاجرة خاصة ومال اليه الشهيد في الدروس .

الرابع : ان له الرجوع والقلع مجاناً .

الخامس : ان ليس له الرجوع بمعنى انه لايستفيد به جواز قلع ولا اجرة وهو الذى اختاره الشيخ ومن تبعه ، بل هو ظاهر المصنف ـ انتهى .

وقد عرفت : ان مقتضى القاعدة هو الخامس ، ولذا الذي ذكرناه نرى ان الجواهر بعد ان قوى القول الرابع الذي مقتضاه الرجوع والقلع مجانا قال : نعم قد يتجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع باعتبار ان العارية المبنية على الدوام سببها ابتداءاً واستدامة انما هو الاذن الاولى التي لايتصور فيها رجوع بعد صدورها ، بل يكون حينئذ الرجوع فيها كالرجوع بالاذن فيما مضى من العارية ، وهذا معنى قول الشيخ، لان المراد الدوام والتأبيد ، ومحصله ان عارية الدوام عرفا هكذا ، وقد شرعها الشارع بشرعه للعارية على هـذا الوجه وهو معنى لاينافي كون العارية من العقود الجائزة المعلوم ارادة ماكان استمرار الاذن فيها المقتضى للبقاء ، لا ما كان فيها علة الدوام والابتداء واحدة ، وهي الاذن الاولى التي لايتصور فيها رجوع ، الى ان قـال : بل قد يقال : ان قاعدة الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك يقتضي لزوم العارية على المعير باعتبار انه باذنه في ذلك يترتب الخطاب الشرعي وهو حرمة الاضرار وحرمة تضييع المال

ونحو ذلك ، مثل العارية للرهن الذي تعلق به حق الغير ، واندرج تحت مادل على لزوم الرهن الذي لايعارضه جواز الرجوع بالعارية من حيث نفسها الا اذا قارنها أمر آخر خارج عنها وكالاذن بالدخول في الصلاة الذي يترتب عليه حرمة الابطال .

وفي مفتاح الكرامة بعد ان نقل عن الشيخ في المبسوط عدم الرجوع وحكاه عن القاضي قال : وهذا القول لعله قوي متين والا لزم ضرر عظيم الذي لاينجبر بالارش لانه يخرب ملكه ، وقد لايجد من يبنى له ، وقد يكون لو لم يعر جداره أو خشبته كان يسهل عليه تحصيل غيرهما ، ولايعارضه ان المنع ايضاً ضرر على المالك لانه ادخله على نفسه ، اذ العادة قاضية بأن مثل هذه العارية دائمة ، ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام ، فكانه قال له : اعرني مادام خشبي باقياً ، وليس لك الرجوع قبله ، وقد أعاره والتزم بذلك فكانت كالعارية للدفن ، ولايجدى الفرق بأن النبش حرام ، وانه قياس لتنقيح العلة المشتركة وظهورها ولا فارق ، اذ على تقدير جواز الرجوع لايكون النبش حراماً ، بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات الكثيرة على انا نقول : الاصل في العقود اللزوم خرجت منها العارية في غير محل النزاع بالاجماع وبقي الباقي ـ انتهى .

ويؤيد ما ذكرناه ما رواه الدعائم ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال : العارية لمن أعارها ، ولا يملك المستعير منها شيئاً الا ما ملكه المعير وأباحه له، ولايزول شيء من ملكه منها باعارته اياها.[1]

---

(١) الدعائم : ج ٢ ص ٤٨٩ حديث ١٧٤٥ .

بتقريب ان المعيرملك المستعيرمكان الحائط مادام البناء قائماً ، فلا يتمكن من استرجاع ما ملكه .

أما مارواه الدعائمعنه عليه الصلاة والسلام، انه سألعن الجار يأذن لجاره ان يحمل على حائطه هل له اذا شاء ان ينزع ذلك الحمل ؟ قال : اذا أراد ان ينزعه لحاجة نزلت به[1] لايريد بذلك الضرر فذلك له، وان كان انما يريد الضرر لغير حاجة منه اليه فلا أرى أن ينزعه .

فالظاهران الارادة وعدمها طريقية ، وانمــا المراد الضرر وعدم الضرر ، فاذاكان ضرر على صاحب الحمل لم يكن لصاحب الحائط ذلك .

ومما تقدم ظهرانه اذا لم يستلزم النقض الضرر لم يكن بأس بالرجــوع كما فيالعمارات الجاهزة، حيث يمكن قلعها ونقلها بواسطة العجلات المرتبطة تحت البناء، ولو أراد مالك الجذع النقض لم يكن به بأس اذا لم يستلزم ضرراً على مالك الحائط والا فلا ، وكذلك فيمـا اذا استعار فرسه أو سيارته أو مـا أشبه، فان المستعير لاحق له في تركهما في وسط الصحراء، حيث الضرر على صاحبهما، الى غير ذلك من الأمثلة، وقد يدخل كل ذلك في الشروط الضمنية في المعاملة ، والمعـاملة قد تكون هبة معوضة ، وقد تكون عارية ، وقد تكون تمليكاً ، الى غير ذلك مما تختلف الأغراض في عقودها، وينصب عليها العقد، وانا وان ذكرنا في بعض أبواب (الفقه) ان الشرط في ضمن المعـاملة الجائزة لايوجب لزوماً ، خلافاً لجمـاعة من الفقهاء حيث لـم يفرقوا بين الشرط في المعاملةالجائزة واللازمة الاان كل معاملة من هذا القبيل ليس عارية كما عرفت، وحتى اذاكان عارية فقد عرفت ان بعضهم لم يقولوا بجواز مطلق العارية ، بل

---

(١) دعائم الإسلام : ج ٢ ص ٥٢٤ .

الجواز انما هو في مورد الاجماع ، فحيث لا اجماع، يشملها اوفوا بالعقود ، أما اذاكان وضع الجذع على حائط الجار على نحو المصالحة ، فقد تقدم ان الصلح لازم، سواءكان هناك طرفان للصلح أوطرف واحد، لدليل اوفوا وغيره، وحيث ظهرانه لاحق لصاحب الحائط في استرجاع حائطه ورفع الجذع منه فلا فرق في ذلك بين بقائه حيا أو ميتا يرثه الوارث ، فلاحق للوراث في ذلك ، ولو كانت الدار موقوفة أومستأجرة أو ماأشبه، فان كانت الاجارة والوقف بحيث للمستأجر والموقوف عليه الحق في مثل ذلك حتى بعد انقضاء مدته فلا اشكال .

أما اذا لم يكن له الحق فالبطن اللاحق والمالك المسترجع بالكسر للدار المؤجرة لهما الحق في الحائط ، فان لم يكن ضرر على صاحب الجذع فهو وان كان ضرر فان كان صاحب الجذع مغروراً رجع الى المعير والا فالضرر على نفسه .

نعم ذكرنا في [كتاب الغصب] ان الاسراف ونحوه مانع عن النقض ، لان اتلاف المال حتى عن الغاصب غيرجائز، ولواختلف المعير والمستعير في ان المستعير هل كان مغروراً؟ فقال المستعير : نعم ، ونفاه المعير ، فالحق مع المستعير ، لان الاصل عدم العلم مما يسبب الغرور ، فان الغرور ليس أمراً ايجابياً ، وانما هو أمر سلبي ينتج الايجاب ، أمّا اذا كان المعير جاهلا، فان ذلك لايرفع ضمانه، حيث قدذكرنا في بعض مباحث [الفقه] ان الغارلايلزم أن يكون عالماً ، فان دليل المغرور يرجع الى من غره[(١)] شامل لما اذا كان الغار عالماً أوجاهلا، وكما لاحق للمعير في الزام المستعير بنقض بنائه، كذلك لا حق له في هدم حائطه مما يسبب نقض البناء .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي : ج ٧ ص ٢١٩ .

نعم اذا تمكن من نقض الحائط بدون هدم البناء كأن أوقف أعمدة تحت جذع المستعير، فلااشكال فيه، لانه لايسبب له ضرراً ، والمانع هو الضرر كما عرفت .

ثم ان الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: هذا كله بالرجوع قبل انتهاء أمده ، أمّا لو انتهى فانهدم لم يعد الطرح الا بالاذن المستأنف لانقطاع حكم الاذن الاولى بانقطاع زمان المأذون فيه الذي قد اقتضاه الاذن فيه ، ولكن فيه قول آخر محكي عن الشيخ في المبسوط وهو انه ان أعاده بالهيئة الاولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه ، وان أعاده بغيرها كان له منعه ، وفيه مالايخفى من انقضاء مقتضى الاذن الاولى فليس له العود بدون الجديدة، فضلا عما لومنع ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة عندقول العلاّمة:(ولو انهدم افتقر الى تجديدالاذن) ان كان المراد انهدام الخشب والالات كان الحكم المذكور صريح المبسوط والخلاف والتذكرة ، لكن الظاهر ان المراد انهدام الجدار، وعليه فالحكم المذكور صريح المبسوط أيضاً والشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير والمختلف والدروس والمسالك ومجمع البرهان والكفاية ، وظاهر التذكرة الاجماع عليه، وفي المسالك: ان كثيراً من الاصحاب لم يذكر فيه خلافاً، ولا فرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بالالات المنهدمة أم لا ؟كما صرح به جماعة في الباب وباب العارية .

وكيف كان ، فالظاهر انه لو انهدم البناء لتمام عمره أو بسبب طاريء كالزلزلة ونحوها لم يحق للمستعير تجديد البناء الا بأذن جديد الا فيما اذا كان هنالك معاوضة أو مصالحة أو ماأشبه ، مما يقتضي الدوام مطلقاً أو الدوام فيما

اذا كان الانهدام بسبب طاريء ، أمـا اذا لم يعلم ان الـوضـع كان على أية من الكيفيتين المعاوضة ونحوها أو العارية لم يستبعد استصحاب الحق، ولذا قال في الجواهر : لو فرض انهدامه بهدم هادم لابانتهاء عمره أمكن تخريجه على مذهب الشيخ ،كما انه يمكن أن يكون كلامه في غير مانحن فيه من انهواضع الجذوع الـذي لايعلم كيفيته فيحكم باستحقاقه ذلـك حتى يعلم كونـه عارية ضرورة ظهور تصرفه فياستحقاقه ذلك ، فيتجه حينئذ وجوب بناء الجدارعلى المالك لو فرض انهدامه مقدمة لحصول حق الوضع ــ انتهى .

ثم انه لو انهدم الجدار تلقائياً أو بـأمر طاريء من انسان أو زلزلـة أو نحوهـا ولم ينهدم البناء بوضع عمود ونحوه تحته فهل يجب على المالـك اعادة الحائط أو لايجب ؟ مقتضى القاعدة انه ان كان على نحو الصلح والهبة ونحوهما مما يجعل صاحب البناء ذا حق على صاحب الحائط وجبت الاعادة أما اذا كانت عارية ولو دائمة مما قلنا : بأنـه لاحق لصاحب الحائط في نقض البناء لم تجب الاعادة ، فانه كأعارة الارض للدفن، حيث يذهب السيل بالميت فانه لايجب عليه قبوله مرة ثانية ، وكذلك مثل اعارة الارض للصلاة الواجبة حيث تبطل الصلاة، فانه لا يجب عليه اعارتها مرة ثانية حتى يعيد المصلي صلاته .

وان شئت قلت : ان المتيقن مـن الدوام مابقى ، أما اذا لـم يبق فلالزوم للدوام ، وعليه فاذا أراد صاحب البناء البقاء كان عليه جعل أعمدة تحت بنائه ، سواء أراد صاحب الحائط بنائه قصيراً أو عدم بنائه ، أو بنائه بحيث لايتحمل المبنى فوقه .

نعم لايبعد وجـوب قبول صـاحب الحائط جعل الاعمـدة مكان الحائط

لحفظ البناء ، لانه مقتضى حق البناء في ذلك الفضاء الى أن ينهدم مثلا .

ومما تقدم يعلم حال ما اذا كان الاذن الى مدة بقاء البناء ولو اختلف الحائط ، اذا بقى البناء .

ومما تقدم يظهر ، وجه النظر في اطلاق مفتاح الكرامة حيث انه قال عند قول العلامة: (ولو انهدم افتقرالى تجديد الاذن) دليله ان الاذن انماكانت بالوضع على هذا الجدار الخاص ، ومن المعلوم انه بعد عوده غيره فلاتشمله الاذن ، ولافرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بآلات المنهدم أم لا ؟كما صرح به جماعة ـ انتهى .

اذ الاذن لايختص بما ذكره، فقد يكون الاذن هكذا ، وقد لايكون الاذن هكذا .

ومما تقدم يعلم حال ما اذا كان الحائط مشتركاً بين صاحب البناء وبين الجارحيث ان التصرف في المشترك ايضاً يجب أن يكون باذن كليهما، وليست الاحكام المذكورة في السابق خاصة بما اذا كان الحائط للجار فقط .

(مسألة -٨-) قال في الشرائع : ولو صالحه على الوضع ابتداءاً جاز بعد ان يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها .

وأضاف في الجواهر: أو يشاهدها ولو لكون الصلح في اثناء الوضع للاختلاف في ذلك ، بل ذكر غير واحد انه لابد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة لكونه حينئذ هنا كالاجارة، وفيه منع اعتباره لعموم الصلح فيصح حينئذ بقصد الدوام، بل يمكن ان يريد من اعتبارها ما يشمل قيد الدوام ، خصوصا بعد تصريحه بذلك في الصلح على السقى، الى آخر كلامه ، ومقتضى القاعدة انه يجب أن يكون الصلح بحيث لايكون غررياً ، فذكر الخشب والوزن والطول والمدة وما أشبه اذاكان مما يوجب دفع الغرر الصلحي وجب والا لم يجب الابمقدار دفع الغرر لما ذكرناه في بعض المسائل السابقة من ان الغرر يدخل ايضاً في الصلح الا انه يختلف الغرر في الصلح من الغرر في غيره ، حيث ان الصلح مبني على التسامح ، فالغرر فيه ضيق بخلاف مثل البيع حيث انه مبنى على الدقة عرفا فالغرر فيه أوسع .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: ويجوز الصلح على الوضع ابتداءاً بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته قال: أما جواز الصلح على وضع الخشب مع عدده ووزنه فقد صرح به في المبسوط والتذكرة والارشاد والدروس ومجمع البرهان والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ، غير ان فى الاربعة الاخيرة تقييد في الابتداء كالكتاب ليحترز عما لو وقع عليه الصلح بعد البناء ، فانه لايعتبر حينئذ الاتعيين المدة لصيرورة الباقي معلوما ، بخلاف ما اذا لم يبن لتفاوت الضرر ولاضابط يرجع اليه عند الاطلاق -انتهى .

لكن لايخفى ، ان الفرق بين الابتداء وغيره غير ظاهر ، اذ ربما لايكون

حتى بعد الابتداء معلوما، كما اذا فعل وكيلهما ذلك في بلد آخر، وهمافي بلدتان، ولايعلمان هل ان الخشب طويل أو قصير، وانه ثقيل أوخفيف، أوانه يبقى مائة سنة أو عشر سنوات ، والعمدة ما ذكرناه من ملاحظة الغرر ، فلا فرق فيه بين الابتداء والاثناء .

ومنه يعلم ، ان ما نقل عن مجمع البرهان من اشتراط تعيين المحل الذي يوضع عليه طولا وعرضا وعمقا يلزم ان يقيد بما اذا لم يعين يكون غررا ، ثم ان قولهم : هذا اذا كانت الالات غائبة ولوكانت مشاهدة كفت المشاهدة عن كل وصف كما عن المبسوط والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ، وفي مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما ، انما يريدون به ما لم يكن غرراً، اذ ربمايشاهدالانسان الشيء، لكن لايعرف خصوصياته مثلاان يرى الخشب، لكن لايعرف ثقله ، أولايعرف عمره ، الى غير ذلك من الخصوصيات .

ثم ان المسالك قال : أما لوكان موقوفاً على مصالح عامة بحيث لايكون له مالك على الخصوص كالمسجد وشبهه لم يجز لاحد البناء عليه ولا الوضع بغير اذن الحاكم قطعاً ، وليس له الاذن بغير عوض ، وفي جوازه به ولا ضرر على الموقوف نظراً الى مصلحة بفائدة العوض وعدمه لانه تصرف في الوقف بغير موضوعه ، ولانه يثمر شبهة على تطاول الازمان ، وجهان أجودهما الاخير، وقواه في الدروس – انتهى .

لكن مقتضى القاعدة انه اذا لم يكن يتوجه ضرر على حائط المسجد مثلا من هذا الوضع لم يكن به بأس اذا لم يكن منافياً لشئون المسجد عرفاً، فيكون حينئذ مثل ضرب الخباء في المسجد أو الاتكاء على حائطه ، لكن الظاهر ان كلامهما فيما اذا كان على الاسلوب المتعارف مما يتوجه بسببه ثقل وضرر ،

ومنافاة لحق المسجد من البناء على حائطه .

وفي الجواهر بعد نقل الوجهين عن المسالك واختياره العدم قال : لكن الانصاف عدم خلو الاول من قوة وهو كما ذكره الجواهر لما عرفت، ثم قال: ولو كان الوقف خاصاً جاز للناظر او الحاكم مع ملاحظة مصلحة البطون، فيمضي حينئذ عليهم ، وليس لاهل البطن الاول ذلك لما فيه من الضرر على البطون المتأخرة الذي لايندفع بعد اجازتهم فيما بعد كما هو واضح ـ انتهى .

ومما ذكر يعرف ما اذا كان البناء للمسجد او للوقف موضوعاً على حائط الغير او يراد وضعه عليه ، او كان الطرفان من البناء والحائط موقوفين ، سواء على شكل واحد كالمسجدين ، او على شكلين كمسجد ومدرسة ، ثم انه لو كان المسجد مثلا موضوعاً على حائط الغير او بناء الغير موضوعاً على حائط المسجد فانهدم البناء او المبنى ، فالظاهر انه اذا لم يعلم بقاء الحق او ذهابه بالهدم يستصحب بقاء الحق كما سبق مثل ذلك ، فلا يقال : ان المتيقن هو بقاء الحق مادام بقاء البناء والمبني، فاذا انهدم أحدهما شك في أصل الحق، فالأصل عدمه ، لان الاستصحاب محكم في مثل المقام .

ثم انه لو كان حق صاحب البناء على الحائط بأن يبنيه صاحب الحائط فلم يستعد لذلك جاز لصاحب البناء اللجوء الى الحاكم لاجل اجباره ، واذا لم يمكن اجباره بسبب الحاكم ، وتمكن من التقاص جاز له ذلك ، سواء بأخذ المال منه وبناء الحائط بنفسه أو ببناء الحائط أولا ، ثم أخذ المال من صاحب الجدار ، فانه لايختلف الحال في التقاص بين أخذ المال أولا والبناء بمال صاحب الحائط أو بالبناء بمال صاحب البناء ثم أخذ المال من صاحب الحائط وكذلك في سائر الموارد ، كما اذا بخل الزوج باعطاء نفقه الزوجة ، فانه لا

فرق بين أن تأخذ من ماله بقدر نفقته أولا ثم تشتري به النفقة أو تشتري النفقة من مالها ثم تأخذ من مال الزوج بقدر ماانفقت .

ثم الظاهر ان حال صاحب المبنى حال الشريكين، فكما انه لايجوز لاحد الشريكين التصرف في المال المشترك الا باذن الشريك الاخر، كذلك لايجوز لصاحب البناء التصرف في بنائه بمايوجب زعزعة الحائط ، كمااذا أراد هدمه ممايوجب زعزعته ، واذا اختلفا فالمرجع الحاكم وهو يوزع الضرر عليهما بالصلح القهري ونحوه ، وذلك لعموم مادل على الحكم في المال المشترك ، وكذلك الامر بالنسبة الى الجارين حيث أراد أحدهما هدم داره مما يؤثر في دار الجار الاخر، الى غيرذلك من الامثلة، فلافرق بين الاشتراك وبين الاعتماد وبين الجوار وحتى غير الجوار أيضاً مما يوجب تصرف أحدهما تأثيراً في ملك الاخر، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في [كتاب الغصب] و [كتاب أحياء الموات] .

(مسألة ـ ٩ ـ) قال في الشرائع : لو تداعيا جداراً مطلقاً ولا بينة ، فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضي له ، وان حلفا أو نكلا قضي به بينهما ولو كان متصلا ببناء أحدهما كان القول قوله مع يمينه، الى آخره .

أقول : قد يدعي كل واحد منهما كله أو بعضه ، وقد يكون منهما أو من أحدهما أو من النائب منابهما أو مناب أحدهما جهل أو نسيان عن ماله وعن ما ليس له ، فان قال : كل واحد منهما لاأعلم هل هو كله أوبعضه لي أولا ، أوكان مثلا الحائط بين دارين لصغيرين والوصي عليهما أو الحاكم الشرعي لايعلم ان الحائط لهذا الطرف أو لذلك الطرف ، فمقتضى القاعدة انه يقسم بينهما نصفين لقاعدة العدل ، ومقتضى القاعدة ان يكون التقسيم طولياً بأن يكون النصف المواجه لهذه الدار لهذا، والنصف المواجه لتلك الدار لذاك لاعرضياً بأن يكون نصف الحائط لهذا ونصف الحائط لذاك ، أي ان التنصيف يكون هكذا ، وذلك لان هذا النحو من التقسيم أقرب الى العدل من التقسيم عرضاً باختصاص كل واحد بنصف الحائط مثلا ممايكون النصف مواجهاً لهذه الدار وتلك الدار ، اللهم اذا تصالحا على غيرذلك من التقسيم عرضاً أو التقسيم موربأ أوماأشبه ذلك .

وكيف كان ، فاذا كان لاحد الجانبين بينة فالحق معه ، واذا كان لكليهما بينة جرت قاعدة العدل بالتنصيف ، واذا لم تكن بينة ، فمقتضى القاعدة التحالف ، فاذا حلفا أو نكلا فالتنصيف، واذا حلف أحدهما دون الاخرفالحق مع الحالف .

أما اذا ادعى كل واحد الجميع وحلف أحدهما على النصف والاخر على الكل كان للحالف على النصف الربع وللحالف على الكل ثلاثه أرباع، لان الحالف

على النصف لاربط له بالنصف الاخر فالنصف الاخر للذي حلف على الجميع ويتساويان في حلف كل منهما على النصف فيقسم بينهما لكل منهما الربع .

قال في محكي التذكرة وعليه فاذا حلف الحاكم أحدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الاخر عليه أيضاً ، فاذا حلف قسم الجدار بينهما لعدم الاولوية، فان نكل الاخر بعد حلف الاول على الجميع حكم للحالف به من غير يمين اخرى ، ولو حلف الثاني على النصف بعد أمر الحاكم له على الحلف بالجميع ، ففي الاعتداد بهذا اليمين وعدمه وجهان ، وعلى الاول يكون النصف بينهما مع احتمال انه للثاني خاصة ، وان قال في جواب الحاكم قبل الحلف اني لاأحلف الا على النصف كان في الحقيقة مدعياً النصف ـ انتهى .

ثم انه لو حلف أحدهما على الجميع وقبل ان يحلف الاخر سقط عن امكان الحلف بالموت والجنون وماأشبه ، فان كان الوارث أو الولي يدعى مثل ادعاء المورث والقاصر حلف هو مكانهما وأخذ الحق بالتنصيف أيضاً الا اذا كان هنالك وارثان أحد الوارثين مثلا يدعي ادعاء أبيه فيحلف واحد الوارثين يقول : لا أعلم أو لايحلف ، أو يعترف بأنه لم يكن لابيه حيث انه في هذه الصورة لكل وارث حكمه ، فاذا كان مثلا ولدان ادعى أحدهما ادعاء المورث كان ثلاثة الارباع للمدعي للكل الحالف وربع لهذا الولد الذي يقوم مقام أبيه ، كما انه اذا كانت بنت وولد والبنت حلفت والولد لم يحلف كانت للبنت سدس المجموع والخمسة الاسداس الباقية للطرف الحالف ، الى غير ذلك من الامثلة.

أما اذا قال الوارث والولي : لانعلم ، أو نعلم الكذب ، أو لم يحلفا ، فالحق يكون كله للحالف .

ثم ان الجواهر قال : وأس الجدار يتبع من يكون الجدار له اختصاصاً أو

اشتراكاً، فلو تنازعا حينئذ وأقام احـدهما بينة بالجدار فهو ذو يد في الاس ، وكذا الشجرة مع المغرس ، وذلك لان كون الجدار حائلا بين الملكين امارة على اشتراك اليد ، ولادلالـة على اشتراكهما في الاس والمغرس ، فاذا ثبت الجدار لاحدهما اختصت به - انتهى .

ولايخفى انالاساس والمغرس ونحوهماقد يرىفي العرف جزءاًمن الغرس والجدار ، وقـد يرى منفصلا مثلا المزهرية والنبت الـذي فيها ، حيث يرى العرف انهما اثنان ، فـاذا كانا اثنين كان في الامر دعويـان ، ويمكن انفصال احديهما عن الاخـرى ، ولكل دعوى موازينها من البينة واليمين ، فلـو ادعيا الجدارفيماكان منفصلا عن الاس وسكتا عن الاس وحلفا على الجدار لايعطي الاس لهما بمقتضى الحلف، وانما بمقتضى قاعدة العدل، وكذلك بالنسبةالى المزهرية ، امـا اذا ادعى الجدار والاساس احدهما وادعى الجدار الاخـرمع سكوته عنالاساس وحلف هذا علىالجدار والاساس وحلف ذلك علىالجدار فان الاس يكون للحالف دون من لم يحلف ، واذا كان عدم حلفه منبابعدم التفاته وموته بعد ذلك قبل استنطاقه ، الى غير ذلك من الصور فكما تقدم في موت احد المدعيين .

قال في المسالك : اي متصلا بـه اتصال ترصيف وهو تداخـل الاحجار واللبن على وجه يبعدكونه محدثاً ، ومثله مالوكان لاحدهما عليه قبة اوغرفةاو سترة لانه يصير بجميعذلك صاحب يد فعليه اليمين مع فقد البينة ، ولواتصل بهماكذلك اوكان البناء لهما اواختص احدهما بصفة والاخر باخرى فاليد لهما وكذا لوكانلاحدهما واحدة والباقي مع الاخر، اذ لااثرلزيادة اليدفيالترجيح فيحلفان ويقسم بينهماكما يقسم لو نكل الـى آخره ، وقـد تبع الشرائـع

في ذلك القواعد والتذكرة والجواهر ومفتاح الكرامة وغيرهم وذلك لانه مقتضى قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر، فان ذا اليد يكون منكراً وطرفه يكون مدعياً ، فاذا لم تكن له بينة حلف المنكر، ثم انه لوكان الحائط مقسماً فأكثره مع طرف واقله مع طرف آخر، فمقتضى القاعدة ان كل واحد منهما ذا يد على طرفه ، فاذا ادعى كل واحد منهما كل الحائط يكون مدعياً على ما بخلافه ومنكراً على ما بوفاقه ولاخصوصية في الامور المذكورة لجعل أحدهما صاحب يد ، بل المعيار هو العرف ، فكلما راى العرف من العلامات الموجبة لان يكون احدهما صاحب يد يكون هو صاحب اليد ، ويكون الاخر منكراً والقبة لايشترط فيها ان تكون من فوق ، بل القبة المقلوبة ايضاً دليل على ان الحائط لصاحب القبة .

قال في الجواهر: ولو بنى الجدار على جذع داخل طرفه في بناء احدهما ففي التذكرة كان بذلك صاحب يد ونظر فيه في الدروس من انه كالاس اوكالجزء قل : ولو اتفقا على ملكية الجذع لصاحب الجدار المولج فيه فاحتمال اختصاصه اقوى ، وظاهره قوة الاختصاص في الاول ، ولعله كذلك ضرورة ظهور الفرق بينه وبين الاس بكون الخشبة شيئاً واحداً ، بخلاف الاس فانه اجزاء متعددة لاعتبار تعدد آلاته ـ انتهى .

ولايبعد ان يكون الحكم كذلك ، اذ يراه العرف ذا يد ويكون الخارج مدعياً ، ولعل من ذي اليد ايضاً ماذا كان الحائط ذا ترصيفين كأنه حائطان متلاصقين ، حيث ان كل ترصيف الى جانب يكون صاحب ذلك الجانب هو ذو يد عليه عرفاً ، وحيث كان المعيار في المدعي والمنكران يكون أحدهما ذا يد دون الاخر، فاذا اختلف العرف فرأى بعض العرف ان هذا ذايد ، ورأى بعض

العرف ان ذاك، يتساقطان ويرجع الامر الى التحالف أو الاتيان بالبينتين كما هو مقتضى القاعدة .

ثم ان الجواهر قال: ولو كان لاحدهما عليه جذع أوجذوع قيل : لايقضى بها، وقيل: يقضي مع اليمين وهو الاشبه .

وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد: فان فقدت البينة في الجدار الذي بين ملكيهما فهو لمن اتصل به بنائـه مع اليمين أو لمن جذعه عليه على رأى قال مخالفـاً للخلاف والمبسوط حيث حكم فيهما بأنـه لايحكم بالحائط من الجذوع لـه ، بل يكون بينهما نصفيـن موافقـاً للسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة، لان وضع الجذع يفيد اليد للواضع فيبقـى الاخر خالياً فأشبه الحمل على الدابـة والزرع في الارض ـ انتهى .

وقـد استدل محكي الدروس لمذهب الخلاف والمبسوط بأن في كون الجدار سوراً للدارين دلالة ظاهرة على انه في أيديهما ووضع الجذع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص أحد الساكنين بزيادة الأمتعة ، وفيه: ان الظاهر انه ذا يد كمايراه العرف فقول المشهور هو الاوفق بالقاعدة، ولذا قال في المسالك : في تضعيف دليـل الشيخ بمنع دلالة كونـه بينهما على اليد اذا لم ينضم اليه تصرف بوجه من الوجوه السابقـة وحينئذ فوضع الجذع يفيـد اليد للواضع ويبقى الاخر خالياً ، ويكون حكم الجذع حكم ماسلف من المرجحات ولو جامعها اعتبر مافصلناه ، والظاهر ان مراده (بأن أحدهما ذا يد ويبقـى الاخر خالياً) مايراه العرف، لانه ليس الاخر ذا يد والا ورد عليه ماأشكل عليه في الجواهر بقوله : انه لااشكال في كونه يداً لهما كما اعترف به هو سابقاً، ولذا

لو ادعاهما به أجنبي كان القول قولهما بيمينهما ـ انتهى .

وعليه الذي هو مقتضى الجمع بين كلاميه ، فاشكال الجواهر عليه محل نظر ، ثم انه لافرق بين الجذع الواحد ومازاد عليه عند عامة أهل العلم في الدلالة على الاختصاص والمنع كمافي التذكرة ، وفرق الكوفي بين الجذع والجذعين كذا في مفتاح الكرامة، ومقتضى القاعدة هو ماذهب اليه عامة أهل العلم، اذ الدلالة تابعة لجنس الجذع لالوحداته .

ومماتقدم يظهر انه لوكانت داران علو وسفل والحائط ممتد على جانب منهما من الارض الى السقف ، وكان بين الحائط جذع يدعي كل واحد منهما انه له هو فوق للحائط التحتاني وتحت للحائط الفوقاني يكون كلاهمامتساوياً فيه من حيث اليد لتعارف جعل الجذع تحت الحائط كتعارف جعله فوق الحائط، فلاأولوية لاحدهما على الاخر، ولايخفى ان حال الحديد ونحوه حال الجذع في المسائل المذكورة، اذ لاخصوصية كما هو واضح.

قال في الشرائع : ولايرجح دعوى أحدهما بالخوارج التي في الحيطان ولا الروازن ، وفي المسالك : المراد بالخوارج كل ماخرج عن وجه الحائط من نقش ووتد ورف ونحو ذلك ، فانه لايفيد الترجيح لمالكه لامكان احداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار ومثله الدواخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : ولاترجيح بالدواخل كالطاقات والمحاريب ولابالخوارج كالصور والكتابات والروازن والشبابيك كما صرحوا به بدون خلاف أصلا ، ثم علل بالتعليل المتقدم عن المسالك ، وأشكل في الجواهر على التعليل بأنه مناف لاصالة الصحة في تصرف المسلم ، ثم علل

عدم ترجيح الدعوى بأحدهما بعدم دلالة الخوارج والدواخل عادة على الاختصاص بحيث تقطع يد الاشتراك، اذ الروزن ونحوها انما تصنع غالباً لبيان الاستحقاق في الجدار ، لا لاستحقاقه، وحينئذ لافرق في ذلك بين احتمال حدوثها وعدمه في عدم قطع يد الاشتراك المتوقف على وجود مايرجح عليه مما يدل على الاختصاص ولو بامارة ظنية عرفية كالتصريف بين الجدارين الظاهر في انه جدار واحد ، وكذا القبة والسترة الكائنتان في الجدار نفسه ـ انتهى .

والحاصل: ان المهم هو رؤية العرف أحدهما ذا يد والدواخل والخوارج لاتدل على ذلك عرفاً، أما مسألة المشروع وغير المشروع فهي بمعزل عن محل الكلام.

ومما تقدم ظهر انه لو انعكس الفرض بأن كان بعض مايرى في الزمان القديم دليلا على ذي اليد يرى في الزمان الحاضر دليلا على خلافه يكون المحكم هو العرف ، ولو تخالف العرف الخاص والعرف العام فالمحكم هو العرف الخاص، كما اذا كان محله في مدينة يضعون العلائم على خلاف العلائم الموضوعة في المدينة في غير تلك المحلة، وبعد كون المعيار رؤية العرف أحدهما ذا يد دون الاخر لايختلف الحال بأن يكون العرف يرون ذا اليد من جهة نفس الجدار أو من جهة التصرف في الجدار ، ولو كان طارياً ولذا قال في الجواهر : انّ امارة الاختصاص تكون على وجهين أحدهما في الجدار نفسه ، وثانيهما في التصرف ، ولو كان طارياً اذا كان على وجه يقتضي الاختصاص بالمتصرف ، وان كان التصرف حادثاً ،كما انه لافرق في التصرف بين أن يكون تصرفاً باقياً أو تصرفاً وقتياً، كما اذا اعتاد ان الجدار الذي بين الحائطين من الاسمنت يرشه بالماء صاحبه دون غيره كل يوم في أيام الحر فرأينا ان أحدهما يرشه بالماء كل

يوم دون الاخر، فانه دليل على انه له، فلاحاجة الى بقاء الاثر كالكتابة والتزيين وماأشبه .

ومنه يعلم الحال ، فيما اذا كان العرف يرون ان الحائط من بناء هذا الجانب لا من بناء ذلك الجانب ، كما اذا كان معمل الى جنبه دار والدور يتعارف فيها بناء حيطانها من اللبن والجص، بينما المعامل تبنى حيطانها من الاسمنت المسلح ونحوه، فان كان من اللبن فهو للدار وان كان من الأسمنت فهو للمعمل، الى غير ذلك من الامور العرفية التي تجعل احدهما ذايد دون غيره ، اما اذا لم تكن العلامة بحيث تجعل احدهما ذايد دون الاخر فالامر مرجوع الى التحالف ونحوه ، والظنون لاتنفع الا اذا وصلت الى العلم العادي .

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو اختلفا في خص (بالضم ما يعمل من القصب شبه الجدار حاجزاً بين الملكين) قضى لمن اليه منهما معاقد القمط (بالضم ايضاً جمع قماط وهي شداد الخص من ليف او خوص اوغيرهما) عملا بالرواية .

وفي مفتاح الكرامة حكى على هذا القول الشهرة الشهيدان في الدروس في موضعين والمسالك والروضة والمقداد والمحقق الثاني في تعليق النافع والمقدس الاردبيلي ، بل ظاهر التذكرة والمسالك ايضاً الاجماع عليه وهو صريح الغنية والسرائر ، وفي المبسوط نسبته الى رواية اصحابنا ، ثم قال : والمخالف والمتأمل الشيخ في المبسوط والمحقق فى قضاء النافع وفخر الاسلام والصيمري وابو العباس في المهذب البارع والمقتصر ، وقد نسب الاخير الخلاف الى المتأخرين كافة وهو غريب، لان اساطينهم كابن ادريس والمحقق

في الشرائع والمصنف والشهيد ممن تقدم عليه عاملون بالخبرين، نعم لا ترجيح في التنقيح ـ انتهى .

والمراد بالرواية ماروواه المشايخ الثلاثة عن منصور بن حازم في الصحيح عن ابي عبد الله عليه الصلاة والسلام قال : سألته عن خص بين دارين فذكر ان علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار التي من قبله معاقد القمط.[1] وبدل الخص بالحظيرة في محكي الكافي والفقيه ، وفي التهذيب والكافي مكان (فذكر) لفظ (فزعم) .

وفي رواية اخرى رواه الفقيه عن عمر بن شمر ، عن جابر ، عن أبي جعفر عليه السلام ، عن علي عليه الصلاة والسلام : انه قضى في رجلين اختصما في خص ، فقال : ان الخص للذي اليه القمط.[2]

وفي رواية عامي رواها سنن البيهقي : ان قوماً اختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن اليه معاقد القمط[3] ثم رجع الى النبي صلى الله عليه وآله فاخبره فقال: أصبت وأحسنت.

وعن دعائم السلام ، عن أمير المؤمنين صلوات الله عليه ، ان رجلين اختصما اليه في حائط بين داريهما ادعاه كل واحد منهما دون صاحبه ولا بينة لواحد منهما فقضى به للذي يليه القمط، قال مؤلف الدعائم: اي الرباط والعقد ان كان ذلك باللبن أو بالحجر نظر، فان كان معقوداً ببناء أحدهما فهو له، وان كان

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٧٢ الباب ١٤ من أبواب أحكام الصلح ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٧٣ الباب ١٤ من أبواب أحكام الصلح ح ٢ .
(٣) سنن البيهقي : ج ٦ ص ٦٧ .

معقوداً ببنائهما معاً فهو بينهما معاً ، وكذلك ان لم ينعقد ببناء واحد منهما فهو بينهما بعد ان يتحالفا ، ومن حلف منهما ونكل صاحبه عن اليمين كان لمن حلف اذاكان معقوداً اليهما معاً أو غير معقود ، وان كان من قصب نظر الى الرباط من قبل من هو فيقام مقام العقد[١] ـ انتهى كلام الدعائم .

أقول : لايخفى ان مقتضى القاعدة مع غير المشهور، اذ الرواية لا دلالة فيها على الخصوصية دائماً ، بل الاقرب انها قضية في عرف خاص ، فاذا كان عرفنا على خلاف ذلك أو لاعرف لايمكن ان يتمسك بالرواية في أعرافنا. فقول الجواهر : ان الحكم بذلك مستند الى الرواية والى فتوى المعظم من الاصحاب فما عن قول للشافعي من الحكم بعكس ذلك في غير محله، وكذا ما عن أبي حنيفة من عدم الترجيح بذلك ، بل وما عن المصنف في النافع من نحو ذلك قائلا: انها قضية في واقعة، فلا يتعدى الحكم، وحينئذ فحكم الخص حكم الجدار بين الملكين، سيما بعد قول الباقر عليه الصلاة والسلام في خبر عمر ـ انتهى .

ولعله أشار بالتأمل الى ماذكرناه ، ويؤيد ماذكرناه ، وانكان التأييد ضعيفاً غايته ماورد في الرواية العامية من ان الرسول ﷺ بعث حذيفة ليحكم بينهم فحكم ، فانه من الواضح ان حكم حذيفة لم يكن حكماً بمقتضى دليل شرعي خاص ، وانما هو بمقتضى العرف الذي كان متعارفاً في ذلك الزمان ويظهر من مفتاح الكرامة نوع تردد في المسألة، حيث قال: لاريب ان الروايتين مخالفتان لاصول المذهب ، ويمكن تخصيصها بهما لمكان التكافؤ ، وقد يعمل

---

(١) دعائم الإسلام : ج ٢ ص ٥٢٣ .

بهما فيما اذا اقتضت العادة كون وقوع وجه القماط الى جانب قرينة على ملكية الخص، لكن النص والفتوى مطلقان، ثم قال: نعم قد نقول بتخصيص الحكم بمورد الرواية من الخص دون غيره وان حصلت فيه نحو معاقد القمط وشهدت العادة بكون ذلك قرينة على الملكية ، اذ اقصى ذلك الظهور ، ولايخصص به الاصول ، بل ترجح هي عليه ، حيث لايقوم على ذلك دليل كما قام فيما نحن فيه أعني الخص، ومع ذلك كله فالمسألة بحاجة الى تتبع أوسع وتأمل أعمق.

ومماتقدم يعلم حال السقف بين الطابق الفوقاني ، والطابق السفلاني اذا كان المتعارف ان يجعل في طرف المالك علامة خاصة، فانه يكون ذا يد عليه دون غيره والا فالحكم التحالف ونحوه على ماتقدم ، ثم على المشهور لو اختلف معاقد القمط بأن كان بعضها في هذا الجانب وبعضها في ذلك الجانب، فان كان في نصف ونصف ، سواء طولا أوعرضاً كان محكوماً على التقسيم ، والمراد بالنصف الهندسي لا العددي، فلافرق بين ان يكون ربع الى هذا الجانب وثلاثة أرباع الى ذلك الجانب ، أو نصف في هذا الجانب ونصف في الجانب الاخر مثلا، أما اذا لم يكن منظماً بأن كان بعضها معقودة في هذا الجانب وبعضها معقودة في ذلك الجانب متناثرة ومبعثرة لم يكن دليل لاحد الجانبين، وانما كان مقتضى القاعدة التحالف .

ومماتقدم ، يعرف حال الحيطان التي تجعل في طرف من طرفيه أنصاف اللبن خارجة، حيث انها في الاعراف المتعارفة في العراق كما رأيناها دليل على كون ذلك الجانب المسنن صاحب اليد دون الجانب المسطح .

(مسألة ـ ١٠ ـ) قال العلامـة في القواعد : لايجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق، وفي مفتاح الكرامـة كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامـع المقاصد وظاهر الاول الاجماع عليـه ، لان موضع البيع الاعيان والمخالف الشافعية حيث ألحقوا الحقوق المتعلقة بالاعيان بالاعيان، ويصح الصلح على الحقوق المذكورة بشرط التعيين كماصرح بـه هؤلاء ، وكذا الشيخ في المبسوط والشهيدان في اللمعة والروضة في الصلح على اجراء الماء ـ انتهى .

أقول: قد ذكرنا في [كتاب البيع] ان مقتضى القاعدة صحة بيع أمثال ذلك، فان البيع في الامور المذكورة عقلائـي ، فيشمله أوفـوا بالعقود[١] وسائر ادلـة البيع[٢]، وتعريف بعضهم البيع بأنه مبادلةمال بمال، ان لم يرد الاعم من المال لميكن فيه حجة، لانا نعرف اناللغويين انما يأخذون الالفاظ من العرف فاذا رأينا العرف يخالفهم نعرف انهم لميتمكنوا من الاستيعاب كماهوالمشاهد في كثير من التعريفات، ويؤيد ذلك تخالفهم في معنى الالفاظ .

وعلى أي حال ، فالهواء أيضاً ممكن بيعـه ،كما اذا بنى داره طابقاً ، ثم باع هوائه، فانه لايحق له التصرف في الهواء بعد البيع،كما انه اذا بنيداره طابقين وباع الطابق الثاني ثم انهدم الطابق الثاني ، فان الهواء حق للمشتري لا للبائع فيحق له اعادة البناء كماذكرنا تفصيل ذلك في [كتاب احياءالموات] مماهو متعارف الان في بيع الطبقات كل طبقة لانسان .

(١) المائدة : آية / ١ .
(٢) البقرة : آية / ٢٧٤ .

نعم لا اشكال في صحة الصلح ، والظاهر انه يصح العارية والاجارة ونحوهما بالنسبة الى الهواء ، ثم ان المراد ببيع الهواء ماذكرناه أما بيع الهواء بمعنى الهواء المكدوسة في كيس ونحوه فلااشكال في جوازه، وان لم أجده معنوناً في كلام الفقهاء، وذلك لاطلاق الادلة بعد العقلائية، وان لم يكن متعارفاً في الزمان السابق، وانما تعارف في الزمان الحاضر وذلك كبيع الهواء المخزونة في المنفاخات وغيرها .

وعليه فيصح ان يشترى صاحب العجلة للسيارة ونحوها من المنفخ كمية من الهواء كمايصح له ان يعطي له اجرة حتى ينفخ في عجلته كمية من الهواء ، وانما يصح البيع لانه يحوز الهواء ثم يدخله في عجلة صاحب السيارة .

فلايقال: ان الهواء من المباحات فأي ربط له بالنافخ، والهواء، حيث كان قابلا للسعة والضيق ، فاللازم بيان الكمية والخصوصية ، كما انه في الاجارة أيضاً يجب ان يكون مدة النفخ وشدته وضعفه أيضاً معلوماً ممايختلف بسببه الاغراض والدواعي فقد يستأجره لمدة ساعة على ان ينفخ نفخاً شديداً، وقد يستأجره ساعة على ان ينفخ نفخاً متوسطاً أوضعيفاً ، وقديستأجره ليملا العجلة بالهواء ملئاً لايمكن التكدس بعده ، الى غير ذلك من الصور المعروفة لدى النافخين .

ثم الظاهر انه يأتي أقسام البيع في الهواء من الكلي في المعين الى الكلي المطلق أو المشاع المخصوص ، فاذا عين الهواء كل طبقة مثلا بمائة وكانت الارض الى مائة طابق في حيازة هذا الانسان صح له أن يبيع طابقاً من هذه الطوابق ليبني المشتري فيه مايشاء كمايصح له أن يبيعه عشرة أمتار في

عشرة أمتار مثلا من هواء ما على نحو الكلي، فيسلمه حيث يشاء مما لايكون فيه غرر أومحظور آخر، أو ان يبيعه الهواء مشاعاً بينه وبينه أو بين المشتري وبين غيره، الى غير ذلك من الاقسام المذكورة في [كتاب البيع] حيث انها تأتي في الهواء كماتأتي في غيره .

كما ان الاستطراق أيضاًكذلك .

وهكذا بالنسبة الى مسيل الماء ، فاذا كان له دار ذات بابين بين شارعين حق له أن يشتري منه الاستطراق بدخولـه من هذا الباب وخروجه من الباب الاخر الى الشارع الثانـي ، لكن يجب أن يكون الامر أيضاً علـى نحو لا يوجب الغرر والجهالـة ونحوهما من الامور المنافيـة للبيع كمايصح الصلح على كل ذلك .

وهكذا الحال اذا كانت له سواقي أوأنابيب يصلح لمرور الماء فيبيعه أو يصالح معه علـى المرور في جميعـها أو في بعضها علـى نحو الشخصي أو الكلي في المعين او ان يبيع ذلك على نحـو الكلي فى الذمـة مماهو قابل للتطبيق فى الخارج .

ومماتقدم يعلم حال ايجار أوبيع اوصلح ما اذا كان فى الغرف انابيب لمرور الهواء للكنس كماهو المتعارف فى بعض البلاد .

ومثل ماتقـدم الحال في المنفاخ لاجل اشعال النار ، وفي قاذفـات النار المعتادة عند الصياغ ونحوهم،حيث يمكن الايجار أوالصلح أو البيع بالنسبة الى قاذفة الهواء والنار كل حسب شروطه وموازينه .

ويصح كل ذلك بيعاً وصلحاً وايجاراً بالنسبة الى المياه وخراطيمها ، بل

يمكن هنا ايجـار الماء ايضاً ، حيث ان ماء الفوارة يعود الى الحوض فيبقـى عينه مع امكان الاستفادة منه منظراً أوتهوية أو ماأشبه .

وعلى اي حال ، فبموازين الثلاثـة يمكن اجراء المعاملات المذكـورة على ماذكر من الماء والنار والهواء وغيرها ، بالاضافه الى اجراء الثلاثة على الارض كماهو واضح .

(مسألة ـ ١١ ـ) قال في الشرائع: لايجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء، ولا تسقيف ولاادخال خشبه الا باذن شريكه .

وفي الجواهر : بلاخلاف ولااشكال لحرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه عقلا وشرعاً، من غيرفرق بين المضر وغيره .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: ولوكان مشتركاً لم يكن لاحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره الا باذن شريكه قال: كمافي المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها .

وعن التذكرة انه قال: انه ليس لاحد الشركاء التصرف فيه بشيء من وجوه الانتفاعات حتى ضرب الوتد وفتح الكوة ، بل ليس له أخذ أقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب بدون اذن جميع الشركاء ، وفي الدروس : انه ليس له حك شيء من آلاته حجراً كان أو آجراً ولاالكتابة عليه ، وقالوا : انه له الانتفاع به بالاستناد اليه أو اسناد المتاع مع انتفاء الضرر، وفي التذكرة وجامع المقاصد والمسالك انه لو منع المالك حرم لانه نوع تصرف بايجاد الاعتماد، لانه خلاف الاستظلال .

وفي الدروس : الاقرب ان ليس له المنع اذا كان المجلس مباحاً كما هو المفروض ، ومقتضى القاعدة ان كل مايعد تصرفاً يحرم سواء كان ضاراً أو غير ضار، أما الاتكاء على الحائط في الشارع فالظاهر انه لايعد تصرفاً عرفاً فلايقال انه انما يجوز للعلم بالرضا ، اذ أولا : من اين العلم بالرضا ؟

وثانياً : ان كثيراً من البيوت بيوت موقوفة ، أو أصحابها صغار وقصر فكيف يمكن التصرف بدون العلم برضا أوليائهم ؟

والحاصل : ان أدلة الغصب ، ومثل لايتوى ، وما أشبه لا تشمل الاستناد ونحوه عرفاً ، فلا يقال : انه اذن مالكية أو اذن شرعية ، وانما المنع الشرعي لايشمل مثل ذلك ، فما في الجواهر حيث قال : ان الجواز للاذن الشرعية لا المالكية المدلول عليها بشاهد الحال ، فلا فرق حينئذ بين ملكه لمولى عليه وغيره للسيرة المستمرة الا ان الانصاف كون المتيقن منها حال عدم التصريح بالمنع لامطلقاً ، لان الناس مسلطون على أموالهم ، وفرق واضح بين الاستناد ونحوه وبين الاستظلال ونحوه بالتصرف في مال الغير في الاول بخلاف الثاني، اللهم الا ان يقال : ان في المنع عن ذلك ونحوه في الجدران المشتركة بين الأملاك وفي الطريق النافذة وغيرها عسراً وحرجاً على ان الانتفاع بالفضاء المملوك مثلا لايتم الا بالممارسة للجدار والامتناع عن بعضه مقدمة ليس بأولى من سقوط حرمة مثل ذلك مقدمة جمعاً بين الحقين ، ولقاعدة لاضرر ولاضرار[1] الى آخره محل نظر، فان الجواز ليس مستنداً الى الاذن الشرعي، ولا الى العسر والحرج، كما ان الناس مسلطون[2] ونحوه لايمكن ان يكون مستنداً بعد عدم رؤية العرف ذلك ، فهو مثل الاستضائة بسراج الغير والاستظلال بجداره والنفخ في الهواء مما يصل الى الجدار ونحوه ، حيث لا يمكن القول بالمنع عن ذلك ، سواء سكت المالك أو منع .

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك حيث قال : واستثنى من ذلك الاستناد اليه ، واسناد المتاع مع انتفاء الضرر لانـه بمنزلة الاستضائة بسراج الغيـر

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٥ .

(٢) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ (الطبعة الحديثة) .

والاستظلال بجداره ، نعم لو منع المالك والشريك من ذلك كله حرم وفاقاً للتذكرة ـ انتهى .

فان الاستضائة والاستظلال اذا لم يكن تصرفاً عرفاً لاوجه للمنع اطلاقاً ، نعم اذا كان تصرفاً عرفاً كما اذا وضع حائطاً ليجلس في ظله المارة لاعطائهم الاكل أو الشاى أو أخذ الاجرة منهم بجهة استظلالهم كان تصرفاً ، وكذلك اذا أضاء مصباحه لاجلاس المارة ونحوهم ، فانه يعد تصرفاً ايضاً كما ذكرنا بعض الكلام في ذلك في [كتاب احياء الموات] .

ومنه يعلم حال الاستفادة من برد أوحر الجار ونحوه ،كما اذا أبرد غرفته وكانت للغرفة كوة يطلع منهاالبرد الى الخارج فيستفيد هذا الانسان من البرد ، وكذلك اذا اشعل النار في غرفته مما خرجت الحرارة من الكوة فاستفاد منها، وهكذا الحال في ما اذا استفاد من زناده عند القدح بـأن قرب قطنه من مشع الزناد فاحترقت القطن مما أوجد في القطن النار ، الى غير ذلك من الامثلة الكثيرة ، فانها ليست تصرفاً عرفاً ، وليست توياً للحق ، ولا يسمى غصباً .

ومما تقدم يعلم حال ما اذا نظر الى تلفزيون غيره، أو الى شاشة السينماء من البعيد مما لايعد تصرفاً أو استمع الى صوته من البعيد ، وان قال بأنه لايرضى بذلك ، أو استنشق عطره أو تنفس في طحينه المثار في الهواء مما لايعد مالاً عرفاً فدخل بعض الطحين في جوفه أومر من قرب حديقته، حيث الهواء الطيب العطر الى غير ذلك ، فان الادلـة لاتشمل كل ذلك ، أما الكتابة على الحيطان فهو تابع لرؤية العرف انه تصرف أم لا ؟ فاذا رأى العرف التصرف لم يجز، واذا لم يره جاز ، ومنه يعلم جواز غسل الجار الشارع أمام بيته وان ترشح الماء الى حائط الجار أو جرى اليه اذا لم يكن عرفـاً منافياً لحقه ولاضاراً ،

وفي الغالب ليس كذلك، وكذلك ليس من الضرر والتصرف ما اذا كنس داره أو شارعه وغيرهمامما أثار الغبارالىدار الجارودكانه، وحالالاستناد فيالجواز حال المماسة، ولذا قال فيالجواهر: ان الدليل المتقدم في مثل لاضرر وغيره انما يقتضي جواز المماسة للاستناد ، ولعله يمكنالفرق بينهما انلم يكنسيرة تقتضي بجوازه حتى مع المنع .

ومنه يعلم جواز مماسة الانسان للانسان في الشارعأو الطريق أوالمجلس أو الحرم أو غيرها ،كما يعلم عدم جواز القاء ثقله عليه ، لان المماسة ليست تصرفاً بخلاف القاء الثقل .

وأما ما يتعارف في المطافوالمسعى والمرمى من التزاحمونحو ذلكمع ان الحق لبعضهم دون بعض، وكذلك في المساجد واعتاب المعصومين عليهم السلام ومجالس الفواتح وغيرها ، فان ذلك من باب العلم بالرضا والسيرة المستمرة وما أشبه ، فانها كانت متعارفة منذ زمان الرسول صلى الله عليه وآله .

أما اذا صرح أحدهم بأنه لايرضى بالمزاحمة وكان الحق له فلا يجوز أيضاً ، لانه تصرف وخلاف الناس مسلطون علىأموالهم وأنفسهم ، فانمقتضى ذلك ان الانسان مسلط سلباً وايجاباً، ايجاباًبالتصرف وسلباً بمنع الغير ، ومنه يعلم انه ليس من التصرف فيما اذا لم يعده العرف كذلك ما اذا سبب تحرير أوتبريد غرفة الغير بسببتبريد أو تحرير غرفته أو ايصالالرائحة حسنة أوكريهة الىدار الغير أو ايصالالصوت الحسنأو السيء أو وضعمرآة فيداره تعكس النور مثلا الى دار الغير ، فانها ما لم يعدها العرف تصرفاً ، أو كان ضرراً أو ايذاءاً لم يكن بذلك بأس ، أما اذا كان ضرراً أو ايذاءاً أو عده العرف تصرفاً لم يجز ذلك .

(مسألة ـ ١٢ ـ) قال في الشرائع: ولو انهدم (أي الجدار) لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته . وفي الجواهر: بلاخلاف ولااشكال للاصل وقاعدة التسلط، وقدنسب مفتاح الكرامة هذا الحكم الى المبسوط والخلاف والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهـان والكفاية، وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث نسبه الى علمائنا ، وفي المسالك لا كلام فيه .

وعلى أي حال ، فكل من الهدم والبناء متوقف على اذن الشريك ، فاذا أراد الشريك هدم حائطه أو غيره مـن المال المشترك أو بناء الحائط المهدوم المشترك أو نحو ذلك توقف على اجازة الشريك لانه لايجوز التصرف فـي مال الغير الا باذنه ، سواء كان بعـيداً أو قريباً ، هذا اذا لم يكن اضطرار الى الهدم مثلا كانت العمارة مشرفة علـى الهدم حتى اذا لـم تهدم سبب اضراراً مالية أو غيرها ، أو كان عـدم البناء موجباً للاضرار المالية أو غيرها ، والا فان كان اضطرار فان اذن الشريك فهو والارجع الشريك المريد للهدم ، أو البناء الى الحاكم الشرعي ، لانه ولي الممتنع .

ولو أراد الشريك هدم أو بناء قدر حصته أو أقل،مثلا حصته النصف فأراد هـدم أو بناء النصف أو هـدم أو بناء الربع ولـم يجز الشريك كان المرجـع الحاكم وهو يعطي اجازة البناء أو الهدم لحصة المريد ، بدون التقسيم أويقسم فلا حاجة الى الاجازة على حسب موازين القسمة .

والظاهر انه اذا دار الامر بين تقسيم الحاكـم حتى يكون للمريد هدم أو بناء حصة نفسه فقط وبين اجازته للهدم أو البناء بقدر الحصة من المشترك قدم التقسيم ، لان التقسيم يوجب عدم التصرف في مال الشريك، أما اجازة البناء

او الهدم ، فانـه يوجب التصرف وسلطة الحاكم الشرعـي مختصة بالضرورة وبقدرهـا ، فحيث لاضرورة في التصرف فـي مال الشريك بالبناء أو الهدم ، وذلك بتقسيمه لاتصل النوبة الى اجازته التصرف في مال الشريك .

وكذلك الحال في كل مورد دوران بين التصرف في الاقل او الاكثر من الحاكم الشرعي ،كما اذا أراد الدائن التقاص من مال المدين وكان له مالان يمكن التقاص من أيهما، احد المالين في المباح واحدالمالين في داره ، فانـه لايحق للحاكم الشرعـي اذنـه بالتقاص من المال الذي فـي الـدار بعد امكان التقاص من المال الذي في المباح ، لانه تصرف زائد في مال المدين من غير ضرورة ، والضرورات تقدر بقدرها .

وقد ذكرنا في غير مورد ان تصرفات الحاكم الشرعي في امثال هذه الامور من الضرورة فيجب ان تقدر بقدرها .

ومنه يعلم انه لو دار الامـر بين الترميم او البناء من جديـد ، وبين الهدم او التخفيف كان للحاكم الشرعي اجازة الاخف منهما دون الاثقل لانه لاضرورة الى الاثقل ما دام يمكن الاخف .

ومما تقدم يظهر وجه قوة ما جعله الجواهر اقوى قال : الاقـوى توقف عمارته من الشريك خاصة على اذن الاخر لذلك ايضاً ، خلافاً لبعضهم فجوزه لانه نفع واحسان ، وحكاه فـي الدروس عن الشيخ ، ولعله الظاهر من قواعـد الفاضل وفيه منع اقتضاء ذلك الجواز، وآخر ففرق بين اعادته بالالة المشتركة فلا يشترط رضاه وبين اعـادته بآلة من عنده فيشترط لبقائه شريكاً علـى الاول بخلاف الثاني ، وفيه ما عرفت ايضاً ـ انتهى .

ثم لو اختلف الشريكان فـي كيفية البناء كان المرجع الحاكـم الشرعي ،

وكذلك اذا اختلفا في كيفية الهدم، مثلا : أراد احدهما بناء الحائط بقدر ذراع واراد الاخر بقدر نصف ذراع ، او اراد احدهما البناء بالاجر ، واراد الاخر بالاسمنت، وكذلك لو اراد احدهما الهدم بالالة الحديثة واراد احدهما الهدم بسبب العمال بالوسائل القديمة ، واذا راجعا الحاكم فان تمكن الحاكم من التقسيم ليعمل كل في حصته بما يريد فهو المقدم على ما عرفت في الفرع السابق وان لم يتمكن فان امكن الجمع بين الرأيين ببناء بعض هكذا وبناء بعض هكذا او هدم بعض هكذا وهدم بعض هكذا كان هو مقتضى قاعدة العدل والا فالمرجع رأي الحاكم او القرعة .

أما الاول: فلان الحاكم موضوع لفصل الخصومات بما يرى، وهذه منها.

وأما الثاني : فلانها لكل أمر مشكل[(١)] ، لكن عدم احتياج الحاكم الى القرعة أقرب ، حيث ان أمثال هذه الامور من شئون الحاكم عرفاً فجعل الشارع الفقيه حاكماً معناه انه يتصرف كما يتصرف سائر الحكام ، كما ألمعنا الى ذلك في بعض مباحث [الفقه] .

ثم ان المحكى عن الدروس انه قال : ولو بناه أحدهما بالالة المشتركة كان بينهما ، وفي توقفه على اذن الاخر مع اشتراك الاساس احتمال قوى ولو اعاده بآلة من عنده فالحائط ملكه والتوقف على اذنه هنا أقوى .

أقول : أما قوله:كان بينهما، فيه ان اللازم ان يكون سعى الباني لنفسه ، لاان يكون قسم من سعيه لغيره بمقتضى ان ليس للانسان الاماسعى كما ذكرنا ذلك مفصلا في [كتاب الغصب] .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب الحكم وأحكام الدعوى ح ١١ .

وأما قوله : احتمال قوي ، ففيه انه لاوجه للاحتمال الاخر، اذ الأساس لما كان لهما كان التصرف فيه بوضع الحائط عليه متوقفاً على اذنهما ، فاللازم الاذن من الاخر .

وأماقوله : فالحائط ملكه ، فاللازم ان يقيد بلزوم اعطاء الباني للاخرحقه ، بل لوكان ارتفاع لقيمة الحائط بسبب الأساس كان الارتفاع لهما بالنسبة لوضوح ان للشريك الحق ، فلا وجه لان يكون الحائط ملك الباني فقط ،كما لا وجه لان يكون الارتفاع للباني اذا كان الأساس ايضاً لـه مدخلية في الارتفاع ، ثم انك قدعرفت ان مقتضى القاعدة التوقف على اذن الاخر، لا ان التوقف أقوى كما ذكره الشهيد أخيراً ، ومنه يعلم وجه النظر في المحكى عن الشيخ من منع التوقف على اذن الاخر .

قال في المسالك : ثم على القول باعتبار اذنه لو خالف وعمره ، فهـل للشريك نقضه احتمال من حيث تصرفه في ملك غيره وتغييرهيئته ووضعه الذي كان عليه فصارت الكيفية الثانيةكانها مغصوبة فله ازالتها، والاقوى العدم ان كان بناه بالالة المشتركة ، لان هدمه ايضاً تصرف فيمال الغير وهو الشريك الذي بناه فلا يصح كالاول ، وانما تظهر الفائدة في الاثم والجواز ان كان بنائه بغير آلته ، لانه عدوان محض وتصرف في أرض الغير فيجوز تغييره ـ انتهى .

وعلق عليه في الجواهر بقوله : قلت : قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة بـل صرح فيها بعدم جواز نقض ما بناه أيضاً ، لكنه لم يصرح في بناء الفرع تقدير اعتبار الاذن والمتجه ان له ذلك ايضاً ، فان له الامتناع من بناء الالات المشتركة كما اعترف به فيجامع المقاصد، ومن التصرف في أرضه مع فرض الشركة في الأساس فلم يكن الوضع حينئذ بحق ، فهو ظالم لاحق لعرقه فله

الازالة بلا ارش ، نعم لو قلنا : بحرمة ذلك عليه اتجه حينئذ الزامه به كما لو هدمه ابتداءاً ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة انه ان كان لاقيمة للبناء ، ولايوجب الهدم سرفاً فلا اشكال في جواز النقض للاصل بعد عدم المحذور ، وان كان للبناء قيمة تذهب بالنقض أشكل لانها للباني ، ولادليل على ان عدوانه أوجب سلب احترام ماله ، كما اذا وضع اثاثه في دار الغير غصبا، فهل يقال لذلك الغير ان يضعه في الشارع حيث يتلف أو وضع اثاثه في السفينة للغير ، فاذا اطلع ذلك الغير في عرض البحر هل يقال : ان له أن يلقيه في البحر الى غيرهما من الامثلة ، وانما اللازم فيما نحن فيه كسائر الموارد التي هي مثله مراجعة الحاكم الشرعي ، واجراء صلح قهري بينهم يوجب الجمع بين الحقوق كما ذكرنا تفصيله في [كتاب الغصب] وان لم يكن للبناء قيمة تذهب بالهدم ، لكن الهدم يوجب الاسراف امتنع من جهة الاسراف ، فحاله حال حرمة القاء ثمرات الغابة في البحر ، وان لم يكن مشترلها ، ولايمكن ارسالها الى البلاد التي لها قيمة فيها، اذ الاسراف لايلازم الانتفاع بذلك الشيء المسرف مثلا انسان فقد أصحابه في الصحراء ومعه أواني كثيرة من الزجاج لايتمكن من حملها الى البلد وبقائها هناك لايوجب مجيء انسان لينتفع بها ، فهل يقال بجواز كسر تلك الزجاجات هنا ، وكذلك ليس له أن يحرق أقمشته في الصحراء أونحو ذلك ، وقد ذكرنا في [كتاب الغصب] ان مثل قوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق[1] . لايدل على جواز الاتلاف أو الاسراف ، وانما لازم ذلك بعد الجمع بين الادلة

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٣ من أبواب الغصب ح ١ .

ان يعمل الانسان الذي ظلم برفع ظلامته بكيفية يراه العرف جمعاً بين الحقين مثل الارش والاجرة والصلح القهري و غير ذلك بعد المراجعة الى الحاكم الشرعي ، لانه المكلف في رفع المخاصمات والمنازعات واعطاء كل ذي حق حقه .

ثم ان المسالك قال : وحيث يتوقف البناء على اذن الشريك يرجع أمره الى الحاكم ليجبره على المساعدة أوالاذن ، فان امتنع اذن الحاكم ، وهل له الاذن فيه باجرة يرجع بها على الشريك أومجاناً الاقوى الثاني ، لان الشريك اذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الانفاق ، فاذا اختار الشريك بنائه مجاناً فعل والا تركه ـ انتهى .

والظاهر ان الجبر من الحاكم انما هو على أحد الشقوق الممكنة شرعاً لا على ما ذكره المسالك فقط ، اذ ليس لاحد الشركاء اضرار الاخرين ، وليس المراد بالاضرار الضرر الخارجي ، بل ان يكون الانسان لا يتمكن من الانتفاع بماله انتفاعاً ملائماً لغرضه ، ولعله لذا قال في جامع المقاصد : لو أراد أحد الشريكين الاضرار بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها فليس ببعيد ان يرفع أمره الى الحاكم ليخير الشريك بين عدة امور من بيع واجارة وموافقة على العمارة ، وغير ذلك من الامور الممكنة في ذلك ، عملا بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا ضرر ولا ضرار [1] . ولان في ترك جميع هذه الامور اضاعة للمال وقد نهى عنها ، ولم أظفر بتصريح ـ انتهى .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٤ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

وفي روايات الدعائم تأييد لما ذكره المحقق الثاني ، وانكانت الرواية بحاجة الى نوع من التقييد بسبب الادلة الاخرى .

فقدروي عن أبي عبدالله صلوات الله عليه، انه سأل عن جدار الرجل وهو سترة بينه وبين جاره سقط فأمتنع من بنيانه ؟ قال ليس يجبر على ذلك الا ان يكون وجب ذلك لصاحب الدار الاخرى بحق أو شرط في أصل الملك ، ولكن يقال لصاحب المنزل : استر على نفسك في حقك ان شئت . قيل له عليه السلام: فانكان الجدار لم‌يسقط ، ولكنه هدمه اضراراً بجاره لغير حاجة منه الى هدمه ؟ قال عليه السلام : لايترك وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لا ضرر ولا ضرار، وان هدمه كلف ان يبنيه.[1]

وعنه عليه السلام انه قال: في جدار بين دارين لاحد صاحبي الدار سقط فأمتنع ان يبنيه وقام عليه صاحب الدار الاخرى في ذلك ، وقال : كشفت عيالي استر مابيني وبينك قال: عليه ان يستر مابينهما ببنيان أوغيره مما لايصل الى كشف شيء من عورته.[2]

وعنه عليه السلام ، انه سأل عن الجدار بين الرجلين ينهدم فيدعو أحدهما صاحبه الى بنيانه ويأبى الاخر؟ قال عليه السلام : ان كان مما ينقسم قسم بينهما وبنى كل واحد منهما حقه انشاء أوترك ان لم‌يكن ذلك يضر بصاحبه، وانكان ذلك ممالاينقسم، قيل له : ابن أو بع أو سلم لصاحبك ان رضى ان يبني ، ويكون

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٩ من أبواب الصلح ح ١ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٩ من أبواب الصلح ح ٢ .

له دونك، وان اتفقا على ان يبنيه الطالب أوينتفع، فان أراد الاخر الانتفاع به معه دفع اليه نصف النفقة[١].

ومماتقدم علم ان اشكال الجواهر على المسالك في الجبران أرادخصوصه فالاشكال وارد ، وان أراد كونه أحد الشقوق لم يكن وارداً ، حيث قال في الجواهر: قد يشكل جبره على الاذن على وجه تقوم اذن الحاكم مقامه بأن له الامتناع منها لقاعدة التسلط وعدم حل مال أمرء مسلم الا بطيب نفسه وغيرها ومن هنا أنكر عليه ذلك في الحدائق ، خصوصاً بناءاً على مختاره سابقاً من اعتبار الاذن في الجواز للشريك حتى لوأراد بنائه من غير رجوع عليه ، وانه يأثم لوبناه من غير اذن ـ انتهى .

ثم انه لوهدمه الشريك فاختلفا في ان الشريك اذن له في الهدم أملا ؟ فالظاهر احتياج الهادم الى البينة وحمل فعله على الصحة لايوجب تقدم قوله في باب الدعوى، لان أدلة الدعوى واردة على مثل اصل الصحة، وكذلك اذا بناه ثم اختلفا في الاذن .

ثم لايخفى ان الاذن بمجرده في الهدم أو البناء لايوجب ضمان الاذن لبعض النفقة الا اذا كان الاذن بمعنى الضمان عرفاً أو تصريحاً ، وقد سبق مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة وذكرنا تفصيله في [كتاب الغصب] حيث يقول: ألقه في البحر ونحوه ، ومنه يعلم انهما لواختلفا في خصوصيات الاذن هدماً أو بناءاً، فعلى مدعى الخصوصية اقامة البينة، لان الثابت هو الاذن مطلقاً، أما الخصوصيات فهي شيء زائد على اصل الاذن لايثبت الابالدليل .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٠ الباب ٩ من أبواب الصلح ح ٣ .

ثم لايخفى ان وضع الجدار بين الدارين قديكون على كيفية لزوم بقائه بينهما حتى اذا انهدم كان لكل واحد منهما الاعادة على نحو شرط أوماأشبه ، وقد لايكون كذلك ولكل حكمه، ومنه يظهر ان مناقشة الجواهر في الموضوع غير واردة قال : لوقلنا : ان سبق وجود الجدار بينهما يوجب الحق لهما في وضعه على وجه لايجوز له الامتناع مع طلب الاخر اتجه حينئذ ذلك ، لكن ينبغي عليه عدم اعتبار اذنه، بل نهيه ايضاً كمافي باقي صور امتناعه عماهو حق عليه وكأنه هو الذي لحظه الفاضل في ماذكره في القواعد من عدم جواز منعه اياه لوأراد الانفراد بالعمارة الا انه كماترى ضرورة عدم ثبوت حق يكون الجدار بينهما على وجه يوجب ذلك وهو واضح ـ انتهى .

ولو سقط الجدار المشترك وكان يوجب بنائه ضرراً على أحدهما كما يوجب عدم بنائه ضرراً على الاخر بأن تعارض الضرران مثلا دار أحدهما فارغة عن الغرف ، فاذا لم يكن لها حائط آجرها للغنم ونحوه، ودار احدهما محل سكنى ، فاذا لم يكن لها حائط كان مظنة سرقة اللصوص ونحوه فحيث يتعارض الضرران يلزم على الحاكم الشرعي الجمع بينهما بالقسمة او البيع او الايجار لاخر أولاحدهما أونحو ذلك ممايوجب عدم الضرر على أحدهما، وان كان لابد من التضرر، فاللازم ملاحظة أقلهما ضرراً، لان دليل لاضرر كما يشمل الضرر الكلي يشمل الضرر الجزئي ، واذا تعارضا قدم عدم الضرر الكلي على عدم الضرر الجزئي من باب ان الضرورات تقدر بقدرها ، لكن الظاهر لزوم تقسيم ضرر احدهما على كليهما لانه مقتضى قاعدة العدل، مثلا : اذا لم يبن الحائط تضرر صاحب الغرف بمائة، واذا بنى الحائط تضرر صاحب الدار التي لاغرف فيها بعشرة ، فانه يقدم الحاكم بناء الجدار ، لكن يقسم

ضرر العشرة عليهما فيتضرر كل منهما خمسة ، لانه لا وجه لتضرر صاحب الساحة بكل العشرة .

والى بعض ماذكرناه اشار في الجواهر، حيث قال : مماتقدم يعلم مافي تفصيل المحدث البحراني من انه لايحتاج الى الاذن من الشريك في العمارة مع فرض التضرر به، ولابد منها مع عدمه ، اذ هو مع انه خروج عن محل البحث الذي هو الجدار المشترك من حيث كونه كذلك اي مع قطع النظر عن الامور الخارجية قد يناقش فيه بأن فرض ضرر احدهما بعدم العمارة قد يعارض بفرض ضرر الاخر بها، والضرر لايدفع بالضرر كما اعترف به الفاضل وغيره .

نعم قد يقال بوجوب القسمة ونحوها أو برفع الامر الى الحاكم ليرى وجهاً يحكم به لقطع النزاع بينهما مراعياً للجمع بين الحقين ودفع الضرر عنهما من باب السياسات المعدّ لها .

ثم استشهد الجواهر بخبر الدعائم المتقدم عن الجدار بين الرجلين ينهدم ويدعو احدهما صاحبه الى بنائه ـ الحديث .

ثم انه لوكان الحائط مشتركاً بينهما فبنى احدهما نصفه بعد الهدم أوهدم نصفه عندماكان مبنياً ، فالظاهر التهاتر القهري بين الحقين، كما انه يعرف مما تقدم حال ماذا كانت آلة البناء لاحدهما اولهما او لاجنبي أو آلة مباحة لم يقصد احدهما تملكه والسبق اليه بمايوجب ملكه لها أوكانت مشتركة وهكذا حال ماذا كان الباني احدهما أوكلاهما او الاجنبي، ثم ان الشرائع بعد قوله السابق: ولو انهدم اي الجدار لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته،قال وكذا لوكانت الشركة فيدولاب أوبئر اونهر. وفي الجواهر: او قناة اوناعورة

اونحو ذلك، اي لايجبر الشريك على المشاركة في عمارتها ، من غير فرق بين كون المشترك ذا غلة تفى بعمارته وغيره عند الاصحاب على مافي المسالك وبين القابل للقسمة وعدمها ، وانما نبّه بذلك على خلاف ابي حنيفة الذي حكم باجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط فارقاً بينهما بأن الشريك لايتمكن من المقاسمة فيها فيتضرر به بخلاف الجدار، فانه يتمكن من قسمته، ورد بامكان كون القسمة فيه أكثر ضرر عليه فكان حينئذ سواء ـ انتهى .

وقد أخذه من المسالك ومفتاح الكرامة غيرهما ، وقد ذكر ثانيهما عند قول العلامة : (ولا يجبر على عمارة الدولاب والبئر وغيرهما) انه هو الذي أفتى به المبسوط والخلاف والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية، ويرد على أبي حنيفة بالاضافة الى مقتضى الاصل ان عدم تمكن الشريك من المقاسمة مشترك بين الامرين سلباًوايجاباًولو بنحو المهايات، وقد ذكرنا فيما سبق انه يلزم فصل الحاكم بينهما بأقرب الفصول الى قاعدة السلطنة ونحوها ، ولوكان الحائط بين مسجد ودار مشتركا قام متولى الوقف الخاص أو العام مقام الشريك الاخر ، ويلاحظ هنا لزوم مصلحة الوقف ، ولايكون كالشريك المالك الذي يكون الزمام بيده، ولوكان الحائط مشتركاًبين كافرين روعى قوانينهم في حكم الحاكم الشرعي من باب قانون الالزام ، أما اذا اختلف قانون أحدهما عن قانون الاخر فالحاكم الشرعي يفصل الامر بقانون أحدهما دون المخالف لهما ، ولو المطابق للاسلام ، لانه أقرب الى الالزام من المخالف لهما كما هو واضح .

أما اذا كان الحائط مشتركا بين المسلم والكافر، فالذي يجب ان يراعى هو

قانون الاسلام ، لقاعدة الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ، فيما اذا اختلف قانون الكافر عن قانون الاسلام .

ثم ان الجواهر قال : نعم لوأنفق أحدهما على البئر أو النهر لم يكن له منع الاخر من نصيبه من الماء الذي ينبع في ملكهما المشترك بينهما الذي أثر فيه نقل الطين عنه ، وليس له فيه عين ملك ، بخلاف الحائط اذا بناه بالات منه كما هو واضح .

أقول : يمكن منع اطلاق كلامه بانه لايشترط فيه وجود العين ، بالاضافة الى وجود العين احياناًكان رصف الاجر في أطراف البئر جديداً .

وعلى اي حال ، فاللازم مراعات الجهتين ، فاذا كانت البئر المطمورة بتراب السوافي تسوى مائة لكل واحد منهما النصف فاخرج أحدهما التراب باذن الحاكم الشرعي مثلا بما كلف خمسين ، حيث صارت البئر في الحال الحاضر مائة وخمسين ، فمقتضى القاعدة ان لمن نقل التراب والطين وما أشبه ثلثي الفائدة لاالنصف، لقاعدة ان ليس للانسان الاماسعى والعدل وغيرهما ومما تقدم يعلم حكم الانابيب للماء والغاز والهواء وماأشبه مما يكون مشتركاً بين الطرفين ، وكذلك اسلاك الكهرباء والتلفون ونحوهما لوحدة الملاك في الجميع .

وعن التذكرة انه قال : لوكان علو الجدار لواحد وسفلها لغيره فانهدم لم يكن لصاحب السفل اجبار صاحب العلو على مساعدته في اعادته السفل لاصالة البرائة ، وكذلك ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على اعادة السفل ليبنى عليه عند علمائنا .

وفي مفتاح الكرامة: ان في المبسوط نفى الخلاف في الاول وفي الدروس:

لايجبر صاحب السفل ولا العلو على بناء الجدار الحامل للعلو ولا على جدار البيت الا ان يكون لازماً بعقد ، وبهذا القيد جزم في جامع المقاصد .

وفي الجواهر عند العبارة المتقدمة من الشرائع : عندنا مما يظهر منه الاجماع ، هذا ولكن مقتضى القاعدة انه اذا تضرر أحدهما بعدم بناء الاخر مثل تمكن اللصوص من سرقة البيت العالي اذا لم يكن له جدار كان للحاكم الشرعي دفع الضرر عنه ببيع من صاحب السفل لصاحب العلو أو ايجار أو بناء أو غير ذلك ، لقاعدة لاضرر ، ولعل التحرير نظر الى ذلك ، حيث قال : لوطلب صاحب العلو البناء لم يكن لصاحب السفل منعه ، لكن في مفتاح الكرامة : هذا يوافق ماسلف له في الجدار من انه اذا انفرد أحدهما بالعمارة لم يمنع كما تقدم ، ويمكن حمله على ما اذا كان حمل جدران العلو واجباً ، والا اشكل فيما اذا كان الاساس ملكا لصاحب السفل أو مشتركا كما تقدم بيانه .

ومنه يعلم وجه النظر فيما في المسالك ، حيث قال : ولو طلب صاحب العلو بناء جدران السفل تبرعاً ، فهل له منعه فيه الوجهان السابقان ، واطلق في التحرير انه ليس له منعه ، وفي حكم العلو ما لو كان له ساباط استحق وضعه على حائط غيره فانهدم ـ انتهى .

اذ مقتضى القاعدة احد الامور التي يوجب عدم تضرر صاحب العلو من البيع أو الاجارة أو التبرع أو البناء بنفس صاحب السفل أو غير ذلك لدليل لاضرر وغيره، وهو مثل ما اذا كان هناك طابقان طابق علوي وطابق سفلي ، والطابق السفلي لانسان، والطابق العلوي لانسان ،فانهدما فأراد صاحب الطابق العلوي بنائه فامتنع صاحب الطابق السفلي من ان يبني بنفسه أو يجوز البناء لصاحب الطابق السفلي أو لوضع أعمدة يبني عليها الطابق العلوي ، فانه لاحق للسفلي

في ذلك ، حيث انه يوجب ضرر العلوي، فعدم الضرر يقتضي انه يكون للعلوي بنائه بأية كيفية فاللازم الصلح الجبرى أو الاختياري بين الطرفين العلوي والسفلي، وكذلك حـال الساباط وحال من يريد اجراء الماء فـي الساقية فيما اذا كان مستحقاً لاجراء الماء وانهدمت الساقية وأبى صاحبها من تعميرها ، الى غيرذلك من النفرين المبتلى أحدهما بالاخر ، فانه لايخرج عن مثل حـال الشريكين الذي انهدم بنائهما فأراد أحدهما البناء ولم يرد الاخر ، فان الحاكم الشرعي يجب ان يفكهما ان امكن الانفكاك والاصالح بينهما صلحاً قهرياً بما يكون أقرب الى قاعدة السلطنة أو ما أشبه ذلك كما تقدم مثله في بعض المسائـل السابقة ، ولعل التحرير أشار الى ذلك حيث قال : ليس له منعه .

ثم ان الجواهر قال : وعلى كل حال ، فلوبناه في أرضه من نفسه كان لـه منع صاحبه من الانتقاع بالمعاد بفتح كوة وغرز وتدو نحو ذلك ، أما الاستكان فالظاهر انه ليس له المنع منه ، وان انتفع به ـ انتهى .

والمراد من المنع عن الانتفاع بالمعاد اذا لم يكن فتح الكوة وغرز الوتد كالحق والافحيث ان حقه سابق كان له ذلك .

(مسألة ـ ١٣ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو هدمه ،أي الجدار المشترك مثلا بغير اذن شريكه الذي لم يجب هدمه عليه لاستهدامه وجب عليه اعادته لانه ضمان مثله عادة .

وقال العلامة في القواعد: ولو هدمه فالاقوى الارش، وفي مفتاح الكرامة: كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك ،وفي التحرير لو قيل به كان وجهاً ، وفي المبسوط والشرائع والارشاد ان عليه اعادته ، وحكاه في المسالك عن التذكرة ، وفي الدروس والحواشي ان عليه اعادته لو امكنت المماثلة كما في جدار بعض البساتين والمزارع والافالارش، والظاهر هو المثل ، وان الجدار مطلقاً مثلي عرفاً،والخصوصيات الزائدة على العرفية ليست مناطاً .

ومنه يعلم انتفاء وجه للارش،لان الارش فيما كان يتعذر المثل ، فاذا كان المثل لم يكن أرش ، ولذا قال في الجواهر : قد يقوى ما ذكره الشيخ لصدق المثلية عرفاً ، بل تصح الاجارة على صنعة جدار مثل هذا الجدار ، نعم لو فرض تعذر ذلك كما في بعض البناء انتقل الى القيمة كما في كل مثلي تعذر مثله ، وكذا الكلام في كسر الخاتم وفتق الثوب ونحو ذلك ـ انتهى .

ومنه يعلم الكلام فيما اذا هدم دار غيره أو حائطه أو هدم حائط المسجد أو المسجد أو ما أشبه ، فان الواجب عليه أولا وبالذات الاعادة ، بل لايبعد ن لايكون لصاحب المسجد أو الدار طلب القيمة، لان المثل مكلف به فالانتقال الى القيمة بدون رضا الهادم لاوجه له ، وكذا الكلام في كل ما يمكن اعادته مثلا عرفياً كما لو فصل قطع الباب الى اخشاب ، حيث يمكن ارجاعها باباً ،

فان اللازم ارجاعها باباً ، وان أراد صاحب الباب قيمة الارجاع لا الارجاع بنفسه .

نعم يمكن الاشكال في ذلك فيما اذا كانت الدار مثلا عتيقة فأراد صاحبها هدمها لاجل بنائها من جديد ، بناءاً على غير الشكل فهدمها انسان ، ثم أراد ذلك الانسان البناء على الكيفية السابقة بينما لم يرد المالك ذلك ، فانه لايبعد ان يكون للحاكم الشرعي جعل صلح قهري بينهما على تأمل ، أما لو كان الحائطمثلا قيمياً وهدمه واعطاه القيمة، فالظاهر ان الهادم يستحق الانقاض لعدم الجمع بين العوض والمعوض كما ألمعناالى ذلك في[كتاب الغصب] لكن لايبعد كون الارش مقدماًعلى القيمة اذا أراده صاحب الانقاض حيث ان الارش يوجب رجوع العين الى مالكها مع التفاوت والعين حيث كانت للمالك لاوجه لخروجها عن ملكه بارادة الهادم ويتدارك الذاهب بالارش .

ومنه يعلم ، انه لو أراد الهادم بناء الجدار مثلا من باب كونه مثلياً ودار الامر بين البناء بالانقاض أو غيرها وجب عليه البناء بالانقاض ، لان الانقاض عين مال المالك فلا وجه لتبديلها الى غير الانقاض .

ومما تقدم علم وجه النظر في قول المسالك ، حيث انه قال بعد كلام الشهيد في الدروس : وفيه مناسبة الا انه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الفائت ، فانه محض صفة ، اذ الاعيان باقية والمماثلة في الصفة بعيدة ، فالقول بالارش مطلقاً أوضح ـ انتهى .

كوجه النظر في قول مفتاح الكرامة ، حيث علق على قول الشهيد بأنه لعل الاولى على القول بالارش أن يكون ما يصرف في بنائه بمثل البناء الاول

كما نبه عليه في مجمع البرهان ، فالجدار وان كان قيمياً باصطلاحهم الا ان العرف قد يقضي بالمماثلة في بعض الجدران ، اذ المطلوب منه كونه حائلا ومانعاً ، ولايريدون في مثل ذلك الا المماثلة في الجملة مؤيداً بما عرفته من حال الارش ، فتفصيل الدروس لابأس به ـ انتهى .

اذ قد عرفت ان مقتضى القاعدة المثل ، فاذا لم يمكن وامكن الارش فالارش ، واذا لم يبق محل للارش فالقيمة ، ثم ان الشريك لو هدم الحائط بأمر الشريك أو باذنه لاتجب عليه الاعادة للاصل بعد ان الاذن أو الامر بالهدم ليس في مقابل الاعادة حتى يقال بانه نوع تعامل .

نعم لو أذن الشريك بالهدم بشرط الاعادة أو أمر به بشرطه وجبت الاعادة لمقتضى وجوب الوفاء بالشرط، وليس الشرط ابتدائياً، بل الشرط في قبال شيء، ولذا لاحاجة الى كون الشرط في عقد لازم حتى يجب الوفاء به ، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة انه من قبيل ألق متاعك في البحر وعلى بدله، ولامجال للارش هنا اطلاقاً ، لأن الهدم كان في قبال البناء بالشرط حتى اذا لم نقل بأن الجدار مثلي ، فهو مثل أن يقول له : اهدم الجدار على شرط أن تعطيني ديناراً، و منه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر أصلا أونقلا ، حيث قال: ولو هدمه باذن شريكه وشرط اعادته وجب ذلك اذا كان الشرط في عقد لازم، بل قد سمعت مافي التذكرة في نظيره من انه كذلك قولا واحداً، لكن ربما ظهر من بعضهم كونه من المسألة السابقة التي يجب فيها الارش، ولعله لعدم امكان الشرط لما عرفت من عدم امكان ضبط الصفة الا انه كما ترى ، فان عود الشيء على ماكان بحيث يتحقق فيه الصدق عرفاً ممكن وواقع ، بل من ذلك يعلم قوة ماذكرناه أولا ـ انتهى .

اذ ظهر أولا: الاشكال في لزوم كون الشرط في عقد لازم .

وثانياً : انه لا وجه للارش اطلاقاً .

وثالثاً : انه لايتوقف على كون الحائط مثلياً .

وحيث يلزم الشرط لافرق بين ان يشترط اعادته كماكان أواعادته على شكل آخر كما اذا كان الحائط بحجم ذراع فشرط اعادته بحجم ذراع ونصف أو بحجم نصف ذراع أو بطول أكثر أو أقل ، أو بمادة امتن أو اهش ، الى غير ذلك ، ولـذا قال الجواهر أخيـراً : وبالجملة القول بوجـوب الاعادة بحيث يصدق عليه عرفاً انه اعاده قوى جداً فـي صورة عدم الشرط ، فضلا عما لو شرطه ـ انتهى .

فلو لم يعده أجبره الحاكم ، وان لم يمكن جبره حق له التقاص بأخذه من ماله وبنائه ، فان لم يمكن التقاص فله ان يستعيد بنائه بنفسه ويكون له الاكثر من باب التقاص بقدر المصارف مثلاكان لكل واحد النصف وكان الحائط بألف فلمابناه بألف ومائة مثلاكان لهذا الباني من ألف الحائط ستمائة وللاذن أربعمائة أي كان له ستة اعشار بينما كان له سابقاً خمسة اعشار لانه نوع من التقاص كما هو واضح .

ثم لو بناه باكثر أو أقل أو بغيره ،كما لو بناه بالاجر لا الاسمنت ، وقد كان الاسمنت حسب الشرط ، ففي الاول : لم يستبعدان يكون التفاوت للباني لانه سعيه كماذكرنامثله في [كتاب الغصب] وفي الثاني ان امكن الاتمام اجبر والا كان مديوناً للاذن بقدر النقص ، ويأتي هنا ما نذكره فـي الثالث ايضاً من الفسخ ، وفي الثالث حيث لم يف بالشرط كان للاذن الفسخ ، فاذا فسخ يعمل بمقتضى ما اذا لم يأذن من الابتداء ، وحيث ذكرنا تفصيل أمثال هذه الامور مع

أدلتها في [كتاب الغصب] فلا حاجة الى الاعادة .

ثم انه لو استأذنه في الهدم والبناء فقال الاذن : اذنت لك على شرط ان يكون لي أكثر مما كان لي في السابق ، أو ان يتحول المشاع الى الكلي في المعين أو الكلي في المعين الى المشاع جاز ذلك لمكان الشرط ، وبالاولى اذا اصطلح على ذلك ، وكذلك الحال لو وافق أحدهما في ان يهدماه ويبنيه أو يهدمه ويبنيان أو يهدمان ويبنيان ، الى غير ذلك .

قال في الجواهر : و لو اصطلح الشريكان على ان يبنياه ويكون لاحدهما أكثر مما كان له ، فعن الشيخ بطلان الصلح ، لان فيه اتهاب مالم يوجد ، وفيه انه يكفي مشاهدة الالات أو وصفها ومشاهدة الارض . ودعوى ان الجدار جزء صوري من التأليف لا يمكن ضبطه يدفعها ان الصورة صفة تابعة للموهوب وضبطها ممكن والا لما جاز الاستيجار على البناء المقدر بالعمل كدعوى عدم العوض بعد تساويهما في العمل وغيره التي يمكن دفعها بما عرفته سابقاً من عدم اعتبار العوض في الصلح على انه يمكن القول هنا بأن الشارط علـى نفسه متبرع بما يخص شريكه من عداه ، والشارط لنفسه غير متبرع فيشترط له قدر من الملك ، وكذا بعد اقتضاء تعليق الملك في عين وهو ممتنع لامتناع الاجل في الملك ، اذ قد تدفع ايضاً بأن هذا الصلح يجرى مجرى الاستيجار على الطحن بجزء من الدقيق وعلى الارتضاع بجزء من العبد ، فانه يملكه في الحال ويقع العمل فيما هو مشترك بينه وبين غيره ، وعلى هذا يملك الاكثر مبنياً . كل ذلك مضافاً الى ما سمعته غير مرة من كون الصلح عقداً مستقلا برأسه لايعتبر فيه جريان غيره من العقود على مورده ـ انتهى ملخصاً ، وهو كما ذكره .

ومنه يعرف ما اذا كان الشرط أو الصلح على أن لايملك أحدهما شيئاً بعد

البناء ، اذ قد يكون ذلك عقلائياً، كما اذا كان أحد الشريكين فقيراً لا يملك بناء الحائط وهومشرف على الانهدام فيستأذنه شريكه في ان يهدمه ويبنيه على أن يكون كل الحائط له، أو ان يكون الحائطقوياًلكن هذا الشريك المريد للهدم والبناء فيه مصلحة لهذا الهدم والبناءفيستأذنه في أن يهدمه ويبنيه على أن يكون كل الحائط للاذن ، وكذلك الحال اذا أراد أحد الشريكين في الدار ونحوها هدم الدار وبنائها من جديد أو تصبيغ الدار أو اضافة شيء أو تقليل شيء أو ما أشبه فيقول اني : أصبغ كل الدار على ان تكون الأجرة والاعيان من كيسي مثلا ، ويصبح بعد ذلك مشتركاً بيني وبينك ، الى غير ذلك مما تختلف الدواعي والاغراض العقلائية فيها ، بل وكذلك الحال في المفروز ، كما اذا ورثا الدار من أبيهما ، ثم قسماها نصفاً لهذا ونصفاً لذاك ، فيشترط أحدهما أن يصبغ كل الدار بشرط التبديل بأن يكون النصف المعين الذي عين لاخيه للصابغ ونصفه الذي للصابغ لاخيه ، وكذلك اذا افرز الدار نصف لهذا ونصف لذاك ، ثم استأذن أحدهما أخاه في ان يبني حائطاً بين النصفين ليكون ساتراً لعائلته على شرط أن يكون الحائط ومبناه الذي كله له أو بعضه له للاخ الاذن ، الى غير ذلك .

ولو أراد أحدهما من الاخر بنائه نصف الحائط في الدار المفروزة بينهما ولم يرده الاخر لم يجبر الاخر على ذلك ، لقاعدة الناس مسلطون(١) على أموالهم وأنفسهم ، وانما للذي يريد البناء اذا لم يتمكن من ان يعيش في مثل هذه

---

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ حديث ١١٠ .

الدار ولايتمكن ان يبني حائطاً في نصفه المختص به ان يبيع أو يؤجر أو يصالح أو ماأشبه .

نعم اذا أراد ان يبني حائطاً في نصفه الخاص به لاحق لشريكه في منعه بحجة ان الحائط يسبب قلة النور والهواء وماأشبه بالنسبة الى نصفه لانه حر في عمله ، فلاحق لشريكه في المنع ،كما ان لهذا الباني الحائط في ملكه ان يجعل في الحائط الكوة والروشن وماأشبه على نحو ماتقدم في بعض المسائل السابقة .

نعم اذا سبب الحائط تلفاً عليه مثلا يحق له المنع ،كما اذا قسما الدار من الباب ، فاذا نصب هذا الحائط الى الباب ضاقت حصة الشريك بما لم يتمكن من الدخول ، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في الشيء الذي لايمكن تقسيمه في باب الشركة ، ويصح التصالح بين الشريكين أو الاشتراط بأن يكون من أحدهما آلات بناء الحائط ، ومن الاخر البناء، أو اعطاء الاجرة وماأشبه ذلك من انحاء التقسيمات .

(مسألة ـ ١٤ ـ) قال في القواعد : ولوطلب قسمته طولا أو عرضاً جاز ، وفي مفتاح الكرامة لوطلب كل من الشريكين في الجدار قسمته طولا أوعرضاً جاز ، وبه صرح في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد وظاهر الاخيرالاجماع عليه ، حيث قال: جاز قطعاً ، وتأمل في قسمته عن ردالتحرير.

والقسمة تحصل بنشر الحائط وبالعلامة ، ووجه الجواز فيهما بالنحوين ان لهما هدمه كله اذا تراضيا عليه ، واذا تراضيا على قسمته على وجه مخصوص جاز لهما ذلك بالاولى ، ولاأثر لحصول النقص بالنشر لو اختاره، ووجه مافي التحرير ماقاله فيه قال : لو اتفقا على قسمته عرضاً احتمل جوازه لانحصار الحق فيهما وعدمه لعدم تمييز نصيب أحدهما من الاخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون صاحبه ، فانه لو وضع خشبة على أحد جانبيه كان ثقله على الحائط أجمع ، ومعناه انه ان وضع خشبة على نصيبه موجب لتعدي الثقل والتحامل الى الاخر، الى آخر كلامه ، ومن الواضح ضعف مافي التحرير، لان الملك لهما ، فاذا تراضيا على ذلك فلامانع كما ذكره غير واحد .

ومما تقدم يظهرجوازكل أقسام القسمة سواء افقياً أو عمودياً أو عميقاً مستقيماً أو موربا أو على أقسام اخر كجعل كل قطعة لاحدهما مجاوراً لقطعة اخرى للاخروأ على نحو الاستدارة أو التعريج أو التضليع أوما أشبه، ولوكان الحائط فيداخله فراغ صح ان يقسما الفراغ أيضاً بينهما، أو أن يجعلاه لاحدهما كما يصح تقسيم الحائط حسب المواد ، مثلا: الحائط المركب من الاسمنت والحديد يجعل الحديد لاحدهماوالاسمنت للاخر، وكذلك الحائط المركب من الاخشاب والاحجار يجعل الاحجار لاحدهما والاخشاب للاخر، الى غير ذلك من الصور ، ولافرق في كل ذلك بين تساوي الحائط في القوة والضعف

أو الاختلاف فيجوز ان يجعل نصيب أحدهما الضعيف ونصيب الاخر القوي عن رضا بينهما ، وكما يصح التقسيم بالتساوي فيما اذا كان لكل واحد منهما النصف ،كذلك يصح ان يجعل التقسيم بالتفاوت وبالعكس ،كما اذاكان لهما متفاوتاً فيقسمانه متساوياً ، وكذا يصح ان يدخل الاس أو الخشبة التي فوق الحائط في التقسيم أيضاً ، أولايجعلاه بأن يقسما نفس الحائط فقط ، أماالخشبة التي على فوقه أو الاس الذي تحته يكون مشتركاً بينهما ، وكذلك العكس بتقسيم الاس والخشبة دون الحائط .

ومما تقدم يعلم صحة ماذكره في مفتاح الكرامة ، حيث قال : لو كان طوله عشراً وعرضه ذراعين واقتسما في كل الطول ونصف العرض ليصير لكل واحد ذراع في طول عشر جاز ، وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف الطول ليصير لكل واحد منهما طول خمس في عرض ذراعين ، وهذا الذي حكيناه في القسمتين هو المذكور في التذكرة والدروس وجامع المقاصد ـ انتهى .

وهل يصح أن يجعل لاحدهما السطح فقط وللاخر البقية مثلا ، والفائدة ان السطح يكتب عليه مايشاء من الدعاية والاعلام ونحو ذلك ؟ لايبعد الصحة وكذلك الحال فيما اذا جعل لاحدهما السطح الفوقاني الذي سميناه عمقاً،لان الظاهر من الحائط غالباً ثلاثة سطوح : سطح الداخل، وسطح الخارج،وسطح فوق ، بل وكذا الحال في السطح الرابع اذا كان الحائط شبه المعلق كما يتعارف في بعض البنايات في الحال الحاضر ممايصنع للجمال فيجعل الحائط مربعات فارغة أطرافها الاربع ، وانما يتماسك بأعمدة خفيفة من فوق أو من تحت أو من أحد الطرفين .

ثم ان الجواهر قال : لاخلاف ولااشكال في جواز قسمة الجدار المشترك

طولا وعرضاً، وطوله امتداده من زاوية البيت مثلا الى الزاوية الاخرى لا ارتفاعه عن الارض الذي هو عمقه، والعرض هو السطح الذي يوضع عليه الجذوع، فلو كان طوله عشراً وعرضه ذراعين فاقتسما في كل الطول ونصف العرض فيصير لكل واحد منهما طول عشرة أذرع في عرض ذراع جاز، وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف الطول بأن يصير لكل واحد منهما طول خمسة أذرع في عرض ذراعين - انتهى.

وقد تقدم هذا المثال في مفتاح الكرامة، لكن كان عليهما أن يذكرا أيضاً القسم الثالث من التقسيم وهو التقسيم في ارتفاع الحائط بأن يجعل النصف التحتاني لاحدهما والنصف الفوقاني للاخر وهو ما اصطلحا عليه بالعمق فيكون العمق التحتي بكل الطول والعرض لاحدهما والعمق الفوقي بكل الطول والعرض للاخر، اذ قد عرفت صحة كل الاقسام الثلاثة، بالاضافة الى الاقسام الاخر التي ذكرناها سابقاً، ولايختلف الحال بين ان يكون أحد الثلاثة أكثر من الاخر أو كل الثلاثة متساوية، كما اذا كان طول الحائط ذراعين في عرض ذراعين في عمق ذراعين بأن يكون مكعباً متساوي الاضلاع (حسب الاصطلاح) كما انه لايلزم ان يكون متساوي الاضلاع، بل مربعاً مستطيلا أو غير مستطيل، بل يصح ان يكون على شكل ذي الزنقة أو المعين أو غير ذلك من الصور المذكورة في الهندسة، وهل تصح التقسيم المهاياتي بأن يكون الحائط في سنة لهذا، وفي سنة لذاك، أو في أشهر لهذا، وفي أشهر لذاك؟ لامانع منه عقلا، وان كان يعوزه الدليل الشرعي، بل لم أجد ذلك عند العرف أيضاً، وان كان ذكروا المهايات في خدمة العبد ونحوها كسكنى كل واحد في الدار المشتركة ستة

أشهرمثلا ، أو انتفاع كل واحد بالشيء الموقوف في زمان محددكأن يركب السيارة مثلا أحـدهما ليلا والاخـر نهاراً ، حيث ان عمل أحـدهما في الليل وعمل الاخـر في النهار ، الى غير ذلك مـن الامثلة ، ولايبعد أن يقال بصحة الصلح المهاياتي في الدار وغيرهـا بأن يتصالحا على أن تكون الدار لهذا في أشهر الصيف والخريف ، ولذلك في أشهر الشتاء والربيع ، وانكانت المسألة بعد بحاجة الى التأمل والتتبع .

ثم ان القواعد قال : ولايجبر احدهما لو امتنـع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض ، وكذا في نصف الطول وكل العرض ، وفي مفتاح الكرامة كما في التحرير، وجزم في التذكرة بعدم الاجبار في الاول ، وقال في الثاني ان انتفى الضررعنهما اوعن الممتنع اجبرعليهما ، وان تضرر الممتنع لم يجبر ومقتضى كلام الدروس الاجبار ايضاً على القسمين عند انتفاء الضررفي الثاني وقدنفى عنهالبعد في جامع المقاصد، وفصله في عبارة الكتاب بقوله:(وكذا) لعله يشعر بأنه اضعف في الحكم من الاول ، ولاترجيح في المبسوط ، لانـه قال في الناس من قال : لايجوز الاجبارعلى قسمة الحائط طولا وعرضاً، وفي الناس من قال : يقسم طول الحائط ولايقسم عـرضه على حال ، لان قسمته لا تتصور ، ووجه عدم الاجبار في الاول انه لو اوجبناها على هذا النحو لكان لا محيص عن القرعة في التخصيص ، لان المفروض عدم تراضيهما معاً والاخذ بغير قرعة ولاتراضي مناف للقسمة ولانظير له في الشرع ، والقرعة ربماوقعت لاحدهما على الشق الذي يلي الاخر، فلايتمكن من الانتفاع بما وقع له،ولعدم امكان فصل كل سهم عن الاخر، لانه ان اكتفى بالعلامة اعني خطاً بين السهمين كان بناء احدهما على نصيبه موجباً لتعدي الثقل والتحامل الى الاخر، وانكان

بالنشر ضعف الجدار وتناقصت قوتـه ، ووجه العدم في الثاني انـه لو فصل بالعلامة لزم تعدي الثقل الى الاخر، وان كان النشر لزم اتلاف شيء من الجدار ولااجبار مع الاضرار ، لكن هذا الاتلاف هين لانه بمنزلة قسمة الثوب الصفيق والقرعة التي هي معيار القسمة ممكنة هنا بخلاف الاول ، ووجـه ماحكاه في المبسوط من انه لاتتصور قسمته انا وجدناه اصطلح فيه على تسمية قسمة العرض بقسمة الطول وبالعكس ، الى آخر كلامه .

اقول : مقتضى القاعدة صحة كل التقسيمات مع رضاهما ،كما انه لاكلام اذا لم يرضيا بالتقسيم ، اذ لاوجه للتقسيم مع عدم رضا اي منهما ، اللهم الا اذا كان بقاء الشركة يـوجب الفساد مما يلزم على الحاكم الشرعي التقسيم ، واما اذا طلب احدهما التقسيم دون الاخر فالحاكم يفصل بينهما بما لاضرر فيه على احدهما ، فاذا كان في التقسيم بنحو ضرر دون التقسيم بنحو آخر قدم مالاضرر فيه على مـافيه الضرر ، ولو كان في كليهما ضرر قدم اقلهما ضرراً ، وان لم يكن في اي التقسيمين او التقسيمات ضرر وطلب كل منهما احد التقسيمين او كانوا ثلاثة وطلب كل من الثلاثة تقسيماً من التقسيمات الثلاثة: احدهم طولا والاخر عرضاً، والاخر عمقاً ،كان المجال للقرعة ، لانها لكل امر مشكل، فحال المقام حال ماذا كانت الأرض مثلا لهما وطلباً التقسيم واحدهما يريد تقسيمها عرضاً والاخر يريد تقسيمها طولا ، وانه لااولوية لتقديم هذا على ذاك او ذاك على هذا ، وحينئذ يكون المجال للقرعة .

لايقال : لماذا لم يكن المجال لرأى الحاكم ؟.

لانه يقال : قد ذكرنا في بعض مسائـل هذا الكتاب وفي اماكن اخر مـن [الفقه] ان الحاكم الشرعي موضوع كالحاكم العرفي ، فكل شأن يرجع فيه

الى الحاكم العرفي يرجع فيه الى الحاكم الشرعي، وكذلك في جهة السلب فكل مالايرجع فيه الى الحاكم العرفي لايرجع فيه الى الحاكم الشرعي، وليس من المتعارف الرجوع الى رأي الحاكم في اختصاص هذا القسم بهذا وهذا القسم بهذا ، وانما في العرف المرجع القرعة ، والشارع ايد القرعة ، فاللازم ان يكون المجال للقرعة لا لرأي الحاكم فتأمل .

ومنه يعلم محل التأمل في كلام التحرير، حيث قال : لو كان بينهما عرصة جدار فاتفقا على قسمتها جاز طولا وعرضاً ، ولو اختلفا فطلب احدهما القسمة طولا والاخر عرضاً اجبر الممتنع على مالاضرر فيه ، ولو كان فيهما ضرر لم تجز القسمة ، ولو طلب احدهما القسمة عرضاً ولايفي العرض بحائطين لم يجبر الممتنع ، وان وفى بهما احتمل الأجبار لانتفاء الضرر وعدمه لانتفاء القرعة اذ معها ربما يحصل لكل منهما مايلي ملك جاره فلاينتفع به ، ولو اجبرناه لاجبرناه على مايليه من غير قرعة ولامثل له في الشرع ـ انتهى .

ومماتقدم ظهرانه يصح تقسيم الحائط بأن يكون بطنه الذي الى الدار لاحدهما وظهره الذي الى الشارع للاخر لانتفاع كل منهما بالبطن وبالظهر من جهة وضع الجذع ، وكتابة اللافتات ، أو وضع الجذوع في ذاك الجانب من الشارع على الوجه الذي الى الشارع ، الى غير ذلك من الفوائد ، فان تراضيا فهو والا فان تراضيا على القسمة ظهراً وبطناً ، لكن اختلفا في ان كل واحد منهما يريد الظهر مثلا أو البطن يكون المجال للقرعة، بل اذا كان الحائط بين داريهما مشتركاً بينهما يصح جعل أحد طرفيه لاحدهما والطرف الاخر للاخر ، فان تراضيا أن يكون الطرف المخالف لهذه الدار والطرف الموافق للدار الثانية فهو لانه ملكهما ، ولعل لكل واحد المصلحة في أخذ الجهة المخالفة لداره ،

وانلم يرضياالا بالتقسيمظهراً وبطناً وكل واحد أراد الظهرمثلا أو البطن، فان المجالللقرعةوان خرج حصة هذه الدارمواجهة لتلكالدار، وحصة تلك الدار مواجهة لهذه الدار .

(مسألة ـ ١٥ ـ) قال في القواعد : لو وجد بنائه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول مالك الارض والجدار في عدم الاستحقاق ، وعن المبسوط انه قال : انهما اذا ملكا دارين ورأيا الخشب على الحائط ، ولايعلمان على أي وجه وضع ، ثم انهدم السقف ، فانه ليس لصاحب الحائط أن يمنعه من رده لانه يجوز أن يكون قد وضع بعوض فلايجوز الرجوع به بحال بلاخلاف ، وفي مفتاح الكرامة انه خيرة الدروس ، وفي التحرير في استحقاق الاستمرار نظر والمخالف المحقق الثاني في جامع المقاصد وقد رمى قول الشيخ بالضعف مع انه نفى الخلاف فيه، وظاهره بين المسلمين ولعله لان الاستحقاق يتوقف على امور كثيرة ، والاصل عدمها الا أن يقال : ان الظاهر ظاهر يد فتنقطع الاصول ، ومقتضى القاعدة انه اذا لم يعلما الوجه فاللازم البقاء لانه مقتضى اليد،و اذا فرض انه لم يحكم بمقتضى اليد، فالقاعدة الاستصحاب .

ومنه عرف وجه النظر في قول القواعد المتقدم ، وان وافق عليه جامع المقاصد لاصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير، ولان اليد تقتضي الاختصاص والانتفاع والوضع أعم من الاستحقاق وغايته أن يكون بحق وهو أعم من العارية التي يجوز فيها الرجوع ، ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله : ان الاصل في تصرف المسلم ويده أن يكون بملك واستحقاق حتى يعلم عدمه، فالمتجه حينئذ فيما فرضه في الدروس وجوب الابقاء ، وقد أفتى الجواهر بنفسه على طبق ذلك قائلا : لوملكا دارين متلاصقتين مثلا فليس لاحدهما مطالبة الاخر برفع جذوعه عنه ولامنعه من التجديد لو انهدم السقف اذا لم يعلما على أي وجه وضع لجواز كونه بعوض ـ انتهى .

بل لاحاجة الى جواز كونه بعوض، اذمن الممكن أن يكون الملك لانسان واحد فباعه لهما بهذه الكيفية ، الى غير ذلك من المحتملات الموجبة للبقاء هذا كله اذا لم يعلما الكيفية ، أما اذا ادعى صاحب الارض انها عارية أوما أشبه، فمقتضى القاعدة ان عليه البينة، فان لم يأت بهاحلف المنكر، وكأن الشيخ نظر الى ذلك ، حيث جعل البينة على مدعى العارية واليمين على الاخر.

ومنه يعلم انه لو ادعى مالك الارض ان صاحب الخشب ونحوه اغتصب وأنكر صاحب الخشب ، أوقال : لا أعلم حيث كان وارثاً أو ما أشبه ، فان على مدعى الغصبية البينة ، وعلى الطرف الاخر اليمين على العدم ، أوعلى عدم العلم، أما لو انقلب صاحب الخشب مدعيا بأن ادعى الاشتراء مثلا من صاحب الارض أو المصالحة أو الاجارة أوما أشبه ، وانكر صاحب الارض فعلى المدعى البينة، وعلى صاحب الارض اليمين ، وقد تقدم شبه هذه المسألة في ما اذا كان احدهما يدعى الهبة والاخر الاجارة أونحو ذلك مما كلاهما على خلاف الاصل ، فلا حاجة الى التكرار .

قال في القواعد : اذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الاعارة ، وفي مفتاح الكرامة كما في التذكرة وجامع المقاصد ، وكذا التحرير، والفرق ان الاعارة اذن في الوضع فلاتفيد التكرار مالم يصرح به ، وبعد انقضاء المأذون فيه لايبقى فيه استحقاق، أما اذا كان الوضع مستحقاً بعقد لازم الى أمد معين ، فانه يقتضي استحقاق الاعادة للقطع ببقاء الاستحقاق بعد السقوط، بل يجبر على بناء الجدار والخصوصية غير ملحوضة ـ انتهى .

ومن الواضح، ان المراد بالاعارة غير اللازمة والافاذا كانت الاعارة لازمة

بكونها شرطاً في ضمن عقد لازم ونحوه ، فحال الاعارة حال غيرها ، ولعله داخل فيقوله المتقدم ، أما اذاكان الوضع مستحقاً بعقد لازم الى امد معين الى آخـره .

كما انه اذا كان استحقاق الوضع بعقد لازم ، لكنه لم يعلم هل العقد سار المفعول الى ما بعد السقوط ، أو انتهى العقد الى وقت السقوط ،كما اذا كان اجارة محدودة بوقت السقوط مثلا أوممتدة لم يستبعد أن يكون الحكم كالاعارة لاصالة عدم امتداد الاجارة كما في سائر الاجارات ،كما اذا استأجر الدار ثم اختلفا في انه هل كانت الاجارة لمدة شهر؟ أو لمدة شهرين ، فان المدعى عليه البينة بالنسبة الى الزائد على القدر المتيقن ، ولعل مراد مفتاح الكرامة مستحقاً بعقد لازم الى أمد معين ما لايشمل مثل ذلك ، وحال الصلح حال الاجارة اذا شك في ان الصلح هل كان لامد معين بالسقوط أو أكثرمن ذلك ؟

ثم اذا كان خشبه موضوعاً على الحائط بالاعارة أونحوها مماله الحق في أخذ الخشبة متى شاء ، لكنه صادف انكان أخذ الخشبة مستلزماً لسقوط حائطه أو انهدام غرفته أوما أشبه، فالمسألة من باب تزاحم الحقين حق سلطنة صاحب الخشبة ، سواء تضرر بالابقاء أولم يتضرر وحق تضرر صاحب الحائط والغرفة وما أشبه ، وقد ذكرنا في [كتاب الغصب] مسائل من هـذا القبيل ،كما اذا استلزم اخراج الدابة من الدار كسر الباب وكان ابقاء الدابة في الدار منافياً لسلطة مالك الدابة عليها ، وكذلك في سقوط الدينار في المحبرة ، وادخال الدابـة رأسها في القدر ، الى غير ذلك من الامثلة ، فلا حاجة الى الاعادة هنا .

قال في القواعد : ولوخيف على الحائط السقوط ، ففي جواز الابقاء نظر وفي مفتاح الكرامة ونحوه مافي الايضاح والحواشي من عدم الترجيح ، وفي

التذكرة ان الاقوى تحريم الابقاء لما فيه من الضرر العظيم، وفي جامع المقاصد: ان الاصح جوازه ، لان الازالة ضرر، والضرر لايزال بالضرر، مضافاً الى ان له حق البقاء فيستصحب ، وقد يقال : ان الضرر العظيم يزال بالضرر الاقل ، وفي البقاء ضرر عليهما فيكون مضارا ، اي قاصداً للضرر ، وقد تقرر انه يمنع ، ولا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع ، و الاعارة ما لم يبذل الارش في الاعارة فتجب الازالة حينئذ ـ انتهى .

والمسألة من قبيل الفرع السابق، حيث ان لكل من الطرفين دليل السلطنة ودليل لاضرر، فاذا تعارضا قدم الاهم على المهم من باب القاعدة ، فاذا كان في بقاء الخشبة احتمال ضرر صاحب الحائط بسقوطه ، أوتصدعه بمايوجب تضرره عشرة ، أما في رفع الخشبة فتضرر صاحبها لانهدام العمارة التي على الخشبة بمائة ، فانه لاوجه لرفع الخشبة ، وانما مقتضى القاعدة ان يكون الضرر موزعاً عليهما على حسب قاعدة العدل اذا تضرر صاحب الحائط ببقاء الخشبة بالتصدع ونحوه ، اذ لاوجه لتحمل أحدهما كل الضرر، وان كان الضرر الاقل ، ويتصور المسألة فيما اذا باع صاحب الدار الدار والحائط لزيد والخشبة فما فوقها لعمرو، حيث ان لكل واحد منهما الحق فيما اشترط .

ومما تقدم يعرف الكلام في كون الامر على نحو الاجارة اوالاعارة أونحو ذلك ، فلا حاجة الى اعادة الكلام .

(مسألة ـ ١٦ ـ) قال في الشرائع : اذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران البيت ، والمراد بالجدران الحاملة للعلو، فالقول قول صاحب البيت مع يمينه ، ولو كان في جدران الغرفة ، فالقول قول صاحبها مع يمينه ، وفي المسالك بعد ان نسب فتوى الشرائع الى المشهور قال : ويعضده ان جدران البيت جزئه وجدران الغرفة جزئها فيحكم بها لصاحب الجملة وقال ابن الجنيد ان جدران البيت بينهما ، لان حاجتهما اليه واحدة ، بخلاف جدران الغرفة ، اذ لا تعلق لصاحب البيت به الا كونه موضوعاً على ملكه وارتضاه في المختلف وهو قول جيد ، لكن الاول أجود ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ويحكم لصاحب السفل بجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بجدران الغرفة) انه هو الذي أفتى به المبسوط والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان، وانه في الروضة نسبه الى الاشهر، ثم استدل بالدليل السابق ، وأضاف ان الظاهر ان وضع اليد على البيت وضع على جدرانه ، وكذلك الغرفة ، لكن في الجواهر المناقشة في الحكم المذكور قال : فيه انه بعد فرض التنازع في ذلك يكون المراد من الاعتراف بكون البيت والغرفة له مع فرضه ماعدا محل النزاع منها والا لم يكن ثم وجه للمخاصمة كي تتوجه البينة على أحدهما و اليمين على الاخر ، فلا دليل حينئذ للحكم المزبور الادعوى استقلال يمين كل منهما على ما ادعاه ، فيكون القول قوله مع يمينه .

أقول : مقتضى القاعدة ما ذكره المشهور لوضوح ان صاحب البيت هو ذو اليد على جدران البيت، فهو منكر وصاحب الغرفة مدع، فاذا لم يأت المدعى بالبينة كان على المنكر اليمين ، وكذلك بالنسبة الى جدران الغرفة، فان جدران

الغرفة غير مرتبطة بالبيت فصاحب الغرفة هو ذواليد عليها ، أما صاحب البيت فهو مدع ، فان أقام البينة فهو ، والا كان على صاحب الغرفة اليمين ، ومنه علم وجه النظر في فتوى ابن الجنيد من التفصيل كما يعلم وجه النظر في مناقشة الجواهر أولا : في دليل المشهور بقوله : قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفل على جدار بيته مع فرض تصرف صاحب العلو به وبالبناء عليه وبمنع استقلال صاحب العلو مع فرض تصرف صاحب السفل باتصاله بالعالي بملكه على وجه هو كالجزء منه وبالاستكنان تحت السقف المعلق عليه ، والتصرف في الجدار انما هو بالتصرف في بعض أجزائه لانه شيء واحد عرفاً ـ انتهى .

ولذا قال أخيراً : اللهم الا ان يدعي الاستقلال عرفا منهما على كل منهما ، خصوصاً في جدار الغرفة المتفق على اختصاص يد صاحبها حتى من ابن الجنيد كالسقف الاعلى ، وان ما ذكرناه ليس من الامارة على اشتراك اليد في العادة فيتجه حينئذ قول المشهور ـ انتهى .

لكن ينبغي ان يستثنى من ذلك ما اذا كانت قرائن توجب ان يرى العرف ان صاحب الغرفة الفوقاني ذايد على الجدار التحتاني وبالعكس، كما اذا بنيت القبة وجعل السقف الذي بين الغرفتين شيئاً طارئاً ، فان الساكن في التحت ظاهر يده انه يد على كل القبة وساكن الغرفة الفوقانية ذويد على أرضية غرفته لاعلى حيطانها التي هي شيء واحد مع التحتاني ، وكذلك اذا لم يكن بنحو القبة ، وانها كان البناء من التحت الى ما فوق واحداً ، وانما الغرفة الفوقانية ارضها كالاجنبي الموضوع على الحيطان الاربعة في أطرافها، وهكذا اذا كانت الغرفة الفوقانية كالجناح في وسط الدار ، حيث ان الدار بنيت ككل ، وانما اخرج من بعض الحيطان الجناح ، الى غير ذلك مما يرى العرف ان الفوق

تابع للتحت ، وان صاحب التحت هوذواليد، وكذلك الحال في العكس بأن كانت الغرفة التحتانية كالقطعة غير الملائمة ، وانما صب العمارة كلها صب الغرفة الفوقانية الى الاسس الموضوعة على الارض خصوصاً اذا كانت الغرفة الفوقانية أوالتحتانية لاتلائم الحيطان بأن كانت الحيطان منحرفة عن أرض الغرفة مما يدل على عارية أرض الغرفة في حيطان غير مرتبطة بها، سواء كان هكذا في فوق أو هكذا في تحت ، وهذا الشيء يشاهد كثيراً ما في البنايات التي تصنع تحتها الكراجات، ثم يجلس في بعض تلك الكراجات بعض الناس بعد بنائهم غرفة عارية لانفسهم هناك، وكذلك بالنسبة الى سطوح البنايات حيث تبنى غرفة عارية فوق السطح مما يرى العرف ان صاحب البناية هوذواليد على السرداب الذي في التحت أو الكراج أو السطح ، الى غير ذلك من الامثلة .

والحاصل: ان المرجع العرف، حيث انهم يرون ان هذه الحيطان للفوقاني أو التحتاني ، ولو اختلف العرف أوشكوا فالمرجع بعد عدم البينة من أحد الجانبين أووجود البينة في كليهما، والحلف أوعدمه من كليهما قاعدة العدل كما هي المرجع في أمثال المقام .

(مسألة -١٧-) قال في الشرائع : ولو تنازعا في السقف قيل : ان حلفا قضى به لهما ، وقيل : لصاحب العلو ، وقيل : يقرع بينهما وهو حسن .

وفي القواعد : وأما السقف ، فان لم يمكن احداثه بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فهو لصاحب السفل لدلالة اتصاله ببنائه على التصريف ، وان كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه، فيتحمل التسوية لانه أرض لصاحب العلو، وسماء لصاحب السفل،واختصاص الاول والثاني -انتهى .

أقول : اذا لم يمكن الاحداث كما هو الفرع الاول للقواعد كان العرف يرون ان صاحب السفل هو ذواليد، ولذا يحكم به له ، وهذا هو المحكى عن التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة .

وفي مفتاح الكرامة: ان ظاهر الاخيرين انه ليس محل خلاف، لان الازج بناه يعقد فوق الجدران بالجص والاجر، ولاريب ان هذا النوع من البناء انما يفعل قبل امتداد الجدار في العلو لانه لابد من اخراج بعض الاجزاء ونحوه عن سمت وجه الجدار عن قرب محل العقد ليكون حاملا للعقد فيحصل الترصيف بين السقف والجدران وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الاخر، وذلك دليل على انه لصاحب الاسفل، فان اتصاله ببنائه اقضى كون اليد له -انتهى .

لكن لايخفي ان الامر لايخص مثل ذلك، اذ في ظروفنا الحاضرة تكون العمارات أحياناً مبنية من فوق بسبب الحديد أو الاسمنت أوحتى بالاجر، كما لا يخفى على من يعرف الموازين الهندسية في الحال الحاضر، فانهم يبنون البنايات (حتى اذا كانت من عشر طوابق) من فوق ويتدرجون الى تحت، وذلك للسهولة،

ولتمكن الجمع بين البناء والتصبيغ بعد ذلك بدون ان يسبب ذلك تلوث التحت بعد التصبيغ في فوق، كما هو الظاهر لمن رأى أمثال هذه البنايات .

والحاصل: ان العرف اذا رأوا (مع ملاحظة القرائن الخارجية) ان صاحب السفل هو ذواليد يحكم له به لظهور انه ذويد، لكن بشرط أن يكونا هما اللذان عمرا الغرفتين، أما اذا احتملنا احتمالاً عقلائياً أو علمنا بأن غيرهما عمّر وانما اشتريا من ذلك الغير أو صالح معهما فلا يأتي هذا الوجه المذكور في الفرع الأول للقواعد مما نقلنا توضيحه من مفتاح الكرامة ، ثم مع الشك بانقسام العرف الى قسمين قد عرفت في المسألة السابقة ان المرجع أما تحالفهما أو ترك الحلف منهما واما بينتهما أو عدم البينة منهما وفي كل الاحوال الاربعة التقسيم، واما الفرع الثاني للعلامة فقد ذكر فيه احتمالات ثلاث التسوية واختصاص الاول واختصاص الثاني .

اما الاحتمال الاول فهو المحكى عن المبسوط وتقوية الدروس قال أولهما ان لم يكن لاحدهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فان حلفا كان بينهما نصفين ، والاحوط ان يقرع بينهما ، فمن خرج سهمه حلف وحكم له به ، وعن الخلاف انه قال : يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه وحكم له به ، وان قلنا : انه يقسم بينهما نصفين كان جائزاً .

وأما الاحتمال الثاني: وهو اختصاص صاحب العلو به فهو خيرة السرائر والارشاد والمختلف والحواشي وجامع المقاصد ومجمع البرهان ، وهو المحكى عن أبي علي ، وعن التذكرة انه لابأس به ، وعن الروضة انه ليس ببعيد ، واستدلوا له بأن الغرفة لاتتحقق بدونه ، والبيت يتحقق بدون السقف

وهما متصادقان على ان هنا غرفة فلابد من تحققها ، ولان تصرفه فيه أغلب من تصرف الاخر .

وأما الاحتمال الثالث : وهو اختصاص صاحب السفل به ، ففي مفتاح الكرامة لم نجد قائلا به منا ، وانما هو لابي حنيفة ، استدل لذلك بأن السقف على ملك صاحب السفل فكان القول قوله فيه ،كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما ، وعن الايضاح توجيه هذا القول بأن الهواء تابع للسفل لانه متوقف عليه .

وهنااحتمال رابع هوالقرعة،[1] وقد استدل عليه فيمحكى الخلاف باجماع الفرقة على انكل مجهول فيه القرعة ، وهذا من الامر المشتبه ، ولايخفى مافي الادلة المذكورة لغير القول الاول، اذ المرجحات الاستحسانية لاتوجب تحقق ذي اليد والمعيار تحقق ذي اليد ، وأما القرعة فانها وانكانت حسب القاعدة في موردها الا ان الماليات ليست مورداً للقرعة ، بل لقاعدة العدلكما ذكرنا تحقيقه في بعض المباحث السابقة ، ولذا لم يذكرها المشهور فيبقى الامر على القول الاول بالتساوي في الصور الاربع، اي حلفهما أو تركهما أو البينة لهما أو عدم البينة لهما .

ومنه يعلم، انه لاوجه لتوقف الايضاح،حيث انه لم يرجع شيئاً منالاقوال المذكورة .

ومما تقدم علم وجه النظر في سائر الوجوه المذكورة لاحد الاقوال الثلاثة، مثل ماعنجامع المقاصد من شدة احتياج صاحب السفل الى السقف،

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١١ .

وذلك دليل على ان السقف لصاحب السفل ، وان الغرفة على البيت ، ولاتحقق الا بعده، والبيت لايتم الا بالسقف،كاستدلال غيره على عكسه (هو كون السقف لصاحب البيت) بأن اليد مختصة به دون الاسفل ، لان سكونه تحته ليس يداً عليه الى غير ذلك .

ثم لايخفى ، ان المراد بكون السقف بينهما على نحو الاشاعة لاعلى نحوان يكون النصف الشرقي لهذا والنصف الغربي لهذا، أو النصف الجنوبي لهذا ، والنصف الشمالي لهذا ، أو النصف الفوقاني لهذا والنصف التحتاني لهذا، نعم اذاكان هناك سقفان كما يتعارف كثيراً سقف فوقاني هو أرض الغرفة، وسقف تحتاني هو سقف البيت ، وكل واحد يدعيهما لم يبعد التقسيم فوقانياً وتحتانياً ، وانكان فيه نظر أيضاً لتعارف جعل السقف هكذا ، خصوصاً في الازمنة القديمة حيث يريدون عدم نفوذ الصوت من أحد الجانبين الى الاخر، أو عدم نفوذ الحروالبرد وما أشبه .

ومنه يعرف الحال فى المسألة السابقة ، وهي مسألة الجدار فيما اذا كان الجدار بين الدارين جدارين بينهما فراغ أو تراب أو ما أشبه كما يتعارف كثيراً في البنايات القديمة .

ثم انه لو كان السقف تحته بيتان أو فوقه غرفتان فاعترف أحدهما للاخر ولم يعترف الاخر ، المشاركة انما يكون في غير المعترف به، أما المعترف به فلانزاع والامر غير خاص بالبيت والغرفة ، وانما كذلك حال الدكانين أحدهما فوق الاخر وحال الطابقين ولو في اعلى الطوابق كما اذا كانت العمارة عشرين طابقاً أو ما اشبه فاختلف صاحب التاسع عشر والعشرين في السقف بينهما .

وحيث يتعارف الان بناء القبور ذات الطوابق ، فالسقف بين التحتاني

والفوقاني أيضاً اذا اختلف الوليان فيه يكون حاله حال السقف بين الغرفتين .

ثم انه لو تعارف في بلد ما كون السقف للتحتاني أو الفوقاني ، كان العرف الخاص مقدماً على ما ذكرناه سابقاً لرؤية العرف كونه ذايد، وهكذا لو تعارف جعل علامة في السقف فوقه أو تحته يدل على انه للفوقاني أو التحتاني ويأتي في السقف أيضاً ما ذكرناه في المسألة السابقة من الامارات على ارتباط السقف بالفوقاني أو التحتاني من وحدة البناء ونحوها .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في المنع الذي نقله صاحب المسالك قال : وربما منع الاشتباه هنا، لان رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة الى الحكم ، ثم قال : وموضع الخلاف السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت ، أما ما لايمكن كالازج الذي لايعقل احداثه بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدار ، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الاخر ، فان ذلك دليل على انه لصاحب السفل فيقدم قوله فيه بيمينه ـ انتهى .

وقد أخذه عن العلامة كما عرفت ،كما ان ما قبله أخذه الشهيد الاول عنه (رحمهم الله) ايضاً، اذ يرد على المنع المذكور ان الامر ليس منوطاً بنظر الفقيه، وانما بنظر العرف والفقيه بما انه أحد العرف يكون نظره مزيلا للاشتباه، أما بما هو فقيه فلا ، نعم الفقيه غالباً من أوسط الناس ذهناً لكثرة مروره على الفروع ، والامثلة مما سبب له رياضة ذهنية يتمكن من تطبيق الكليات على الجزئيات ، وقول (ان الفقيه متهم في حدسه) محل نظر ، سواء في الموضوعات أو في الاحكام،فان الممارسة توجب رفع الاتهام لا الاتهام، وقد ألمع صاحب الجواهر

الى الاشكال في مختار الشهيد الثاني(مما ذكرناه سابقاً) حيث قال : قديناقش بأن ذلك لاينافي وجود يد من صاحب العلو بالتصرف فيه أيضاً الممكن أن يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت أو غيره ، وحينئذ يكون يد كل منهما عليه فيتجه فيه التحالف على النحو المذكور ـ انتهى .

ثم ان تبين ان السقف لهذا أو لذاك بالبينة أو بالحلف أو بغيرهما فهل على من ظهر ان السقف ليس ملكاً له ان يعطي الايجار لمن ظهر انه ملك له أو لا؟ الظاهر ان هذا نزاع ثان ، وان صاحب الملك ان أقام بينة على انه لاحق لغيره فيه فعليه اعطاء الاجارة ونحوها ، والافمقتضى الاستصحاب حق الاخر فيه مجاناً ، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة مباحث الدعوى ، فانه لافرق في تلك المباحث بين ان تكون في الحائط أو في السقف أو في غيرهما .

وكيف كان، فقد ظهر مما سبق انه لو تنازع الجميع سواء كان في غرف في بيت أو في طبقات أوفي ماكنة الكهرباء التى تزود كل البيت بالكهرباء أو في خزانات الماء الموضوعة فوق السقف لاجل ارواء الجميع،أو بالبدالة للتلفون التي تعطي الغرف التلفون أو ما أشبه ذلك ، وادعي ملكه كلهم ، فان هنا يأتي أيضاً الصور الاربع،ويأتى قاعدة العدل بالتقسيم بينهم جميعاً باعتبار ان جميعهم ذايد ، فلا يقال : ان خزان الماء لما كان أقرب الى الغرفة الفوقانية من الغرفة التحتانية انه للفوقاني ، أو ان ماكنة الكهرباء لما كانت أقرب الى التحتاني من الفوقاني فهى للتحتاني ، الى غير ذلك من الامثلة ، والظاهر عدم الفرق فى التقسيم بالسوية فى الامور الثلاثة التى ذكرناها وغيرها بين سعة الشقق وضيقها وكثرة غرفها أو قلتها ، مثلا : كانت شقة ذات أربع غرف ، وشقة اخرى ذات ثلاث غرف ، فان تقسيم الماكنة بينهما على نحو سواء ، لان التنازع بين

الساكنين ، ولاربط بالتنازع بالسعة أو الضيق أو كثرة افراد احدهما دون الاخر ومثل ذلك لوكان جماعتان ساكنان في بيت، احدى الجماعتين خمسة والاخرى عشرة فاختلفا وادعى كل جماعة ان الدار لهم ، فأنه بعد موازين التحالف والبينة يحكم بتنصيف الدار لا بالتقسيم بالنسبة بأن يكون للخمسة الثلث وللعشرة الثلثان : وكذلك اذا كانتا في سيارة احدى الجماعتين ثلاثة والثانية اثنان مثلا فانه بعد التحالف وما أشبه يحكم انها بينهما على التساوي، لا ان للثلاثة ثلاثة أخماس وللاثنين الخمسان ، وهكذا في سائر الامثلة .

(مسألة ـ ١٨ ـ) قال في الشرائع : اذا خرجت أغصان شجرة الى ملك الجار وجب عطفها ان امكن والا قطعت من حد ملكه ، وان امتنع صاحبها قطعها الجار ولايتوقف على اذن الحاكم، وقد أفتي بذلك في القواعد ومحكى التحرير والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان، ونفي عنه البعد في الكفاية ومال اليه في المسالك قال: ان الواجب على مالك الشجرة تفريغ أرض الغير أو هواه من ماله كيف ما امكن ، فان امتنع منه فلمالك الارض والهواء تولى ذلك مقدماً للعطف على القطع مع امكانه ، وكما يثبت الحكم المذكور في الاغصان كذلك في العروق، ولايتوقف مالك الارض على اذن الحاكم حيث يمتنع صاحب الشجرة ، كما له اخراج بهيمة تدخل ملكه بدون اذنه، وربما قيل بجواز ازالة مالك الارض لها من دون مراجعة المالك ، لان ازالة العدوان عليه أمر ثابت له وتوقفه على اذن الغير ضرر ، ويشهد له جواز اخراج البهيمة بدون اذنه ، ولانه لو توقف على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع امتناعه، اذ لايجوز التصرف في مال الغير بغير اذنه أو اذن من يقوم مقامه ، وظاهر التذكرة ان مالك الشجرة لايجب عليه ازالتها ، وان جاز لمالك الارض لانه من غير فعله والاول اجود ـ انتهى .

أقول: أما مالك الشجرة ، فالظاهر انه يجب عليه ازالة الاغصان والعروق اذا كان يرى العرف انه متعد ، وكون الاغصان هي التي ذهبت لايمنع ذلك فان الاشياء المرتبطة بالانسان اذا لم يمنعها الانسان كان هو المتعدى بنظر العرف أما اذا لم ير العرف انه تعد بحق الجار مثلا لم يجب، كما اذا كان غصن ضعيف مثلا داخلا في هواء بستان الجار ، ولذا تكثر في البساتين كون أشجار بعض البساتين تدخل في بساتين الجيران ، والسر في هذا التفصيل ان مثل (لايتوي

حق امرء مسلم)[1] و (حقوق المسلمين لاتبطل)[2] وغير ذلك لايشمل مالم يرالعرف انه تعد بحق الاخرين، ولايخفى ان التعدى بحق الاخرين غير الضرر ، اذ بينهما عموم مطلق ، فان كل ضرر تعد ، وليس كل تعد ضرراً ، وكذلك الحال فيما اذا دخل حيوان الغير في دار الغير، مثلا جاء عصفوره وجلس على سطح داره مما لايرى العرف انه تعد بحق صاحب السطح ، ولايخفى انه لاتلازم بين عدم الوجوب على المتعدى وبين جواز الاخراج على المتعدى عليه ، فانه وان لم يجب على صاحب الغصن اخراجه ، أو على صاحب العصفور تطييره من سطح الجار الا انه يجوز للجار طلب اخراج الغصن وتطيير العصفور ، الى غير ذلك .

أما المتعدى عليه ، فان كان الاخراج والتطيير مثار نزاع وما أشبه احتاج الى الرجوع الى المالك، فان أبي فالحاكم، وكذلك اذا لم يتمكن من الرجوع الى المالك لقصور أو غيبة او ما اشبه والا بأن لم يكن مثار النزاع فلا حاجة الى الرجوع الى المالك أو الحاكم ، ولذا جرت السيرة على الامرين ، مثلا: اذا جاء حمام انسان الى دار انسان نرى السيرة على تطييره بدون مراجعة المالك أو الحاكم ، واما اذا كان هناك مثلا سرب من الحمام او الدجاج او الدواب مما يكون التطيير والاخراج محل الاضاعة ومثار النزاع ، فان السيرة ترى وجوب الرجوع الى المالك ثم الى الحاكم، والسر ان ادلة الرجوع الى المالك او الحاكم لاتشمل الامور الطفيفة بانصراف الادلة عن مثلها ، بخلاف الامور الكبيرة .

---

(١) العوالي : ج ١ ص ٣١٥ ح ٣٦ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٩ الباب ١٨ ح ٣ .

ومما تقدم من التفصيل يظهر وجه النظر في كلا الطرفين من المبسوط والشرايع والتذكرة والدروس والحواشي والمسالك والكفاية وغيرها ممن يرون توقف جواز الازالة على مطالبة المالك لانه لايجوز التصرف في مال الغير بغير اذنه ، فسواء القطع أو العطف تصرف في الأغصان ، فاذا تصرف بدون الاذن ضمن لقاعدة اليد وغيرها ، ومن العلامة وجامع المقاصد ومجمع البرهان وغيرهم ممن قالوا بعدم الاحتياج الى اذن المالك أو الحاكم مستدلين بأنه ازالة عدوان عليه وتوقفه على اذن الغير ضرر ، فهوكاخراج دابة الغير عن ملكه لايتوقف على اذن المالك ولا الحاكم مع ان اخراج الدابة اشكل، حيث يحتمل تلفها ، أما عطف الاغصان فلا تلف فيها ، مضافاً الى ان الاصل عدم وجوب ابقاء مال الغير في ملكه بلا سبب شرعي ، والاصل براءة الذمة من وجوب مراجعة المالك، قالوا أما كونه تصرفاً في مال الغير فلا بأس به بعد ان كان معارضاً بأن الغير تصرف في ماله فسقط احترام مال الغير ، فهو مثل ان يجعل الغير سجاده أو فرشه أو ما أشبه في الشارع ، حيث يجوز للمارة العبور عليها لانه أسقط احترام مال نفسه ، ولافرق بين الاسقاط القهري والاسقاط الاختياري ،فان مال الغير محترم اذا عمل بموازينه ، أما اذا لم يعمل بموازينه فقد سقط احترامه .

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر ، حيث قال : ربما يقال بالتفصيل بين ماكان فيه ضرر بمراعات اعتبار الاذن منه أو من الحاكم، وعدمه فلايحتاج الى الاذن في الأول دون الثاني مراعاتاً للجمع بين القواعد جميعاً .

وعلى كل حال، فما عن التذكرة من ان مالك الشجرة لايجب عليه ازالتها وان جاز لمالك الارض لانه من غير فعله ويلزمه عدم الاجبار عليه مخالف للقواعد الشرعية ـ انتهى كلام الجواهر .

اذ يرد عليه أولا: ان المعيار ليس الضرر ، فان التصرف في حق الغير ،

وان لم يكن ضاراً يكون لذلك الغير دفعه، كما ان قوله: فتوى التذكرة مخالفة للقواعد الشرعية محل تأمل، اذ قد عرفت ان مقتضى القاعدة التفصيل لا اطلاق الاحتياج أو اطلاق عدم الاحتياج ، ثم حيث عرفت وجوب الازالة على صاحب الاغصان لو طلبه ذو الهواء تعرف وجه فتوى المبسوط والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية من انه يجبر مع الامتناع ، فقول مفتاح الكرامة: لادليل لهم يعول عليه الا الاستئناس له بما اذا مال حائطه الى الشارع أو ملك الغير فانهم أوجبوا عليه الازالة مع التمكن وقالوا : ان لم يفعل ضمن، الى آخر كلامه، فيه وجود الدليل لانه تصرف في حق الغير ، فيشمله لايتوى ، ولاتبطل ، وغير ذلك ، فكيف يمكن ان يقال : لادليل لهم يعول عليه، وبذلك يسقط استدلال مفتاح الكرامة لعدم الجبر بالاصل ،كما ان خيرة التذكرة بعدم الجبر استدلالا بأنه من غير فعله غير ظاهر ، اذ قد سبق ان التعدى سواء كان من الانسان أو من متعلقات الانسان يجب ان يدفع ، فهل اذا انكسر انبوب الغير فسبب مجيء الماء الى دار الجار أو انقطع التيار الكهربائي فسبب دخول النار الى دار الجار، أو غير ذلك مما لم يكن من فعل مالك الانبوب والتيار يقال: انه لايجب عليه لانه من غير فعله ، بل مقتضى القاعدة الضمان ايضاً اذا سببت الاغصان تحطم حائط الجار أو ثقبه أو ما أشبه ذلك ، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في بعض ذلك في [كتاب الغصب] فلا حاجة الى الاعادة .

ثم ان المسالك قال: ولو قطعها مالك الارض مع امكان العطف ضمن، لكن هل يضمن جميع مايقطع أم تفاوت بينه وبين المعطوف ؟ وجهان من التعدى بالقطع فيضمنه ، ومن ان العطف حق له وما يفوت به في حكم التالف شرعاً. وفي الجواهر: لعل الاقوى الاول .

أقول : لكن لايبعد الثاني ، لانه انما سبب ضرر الجار بقدر التفاوت لابقدر الكل، فلملذا يضمن الكل؟ ثم الظاهرانه اذاكان كل من العطف والقطع راجحاً من جهة ومرجوحاً من جهة تخير صاحب الهواء بينهما ، والا فانكان أحدهما أولى قدم على الاخر، فاطلاق الجواهر حيث قال : مع امكان العطف لايجوز له القطع، فلو فعله كان ضامناً، محل تأمل ، مثلا : اذاكان عطفه يوجب فسادكل ثمار الشجرة ، والثمار تسوى ديناراً ، بينما ان القطع يوجب ضرر نصف دينار، فهل يقال بأن العطف مقدم على القطع أو مساوله ؟ الى غير ذلك من الأمثلة، اللهم الاان يقال:انأمثال هذه الصورة ليس مسرحاً لكلام الجواهر، ثم انه لومضت مدةطويلة عليها كذلك بماكان له اجرة فالمالك ضامن لها، من غير فرق بين ان علم المالك وفرط أو لم يعلم ، أو علم ولم يفرط ، اذ التصرف في حق الغير بما فيه اجرة يوجب الأجرة له مطلقاً، فقول المسالك: ولومضت مدة طويلة عليها كذلك مع علم المالك به وتفريطه ضمن اجرة الارض والهواء، محل نظر ، وما ذكرناه هو الذي يظهر من الجواهر حيث انه قال : يقوى وجوب الاجرة له مع امتناع المالك ، وان لم يستأذن من الحاكم اذا لم ينو التبرع ولو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع تفريطه ضمن اجرة الأرض والهواء ،كما صرح به غير واحد ، بل لعله كذلك مع صدق استيفاء المنفعة وان لم يكن ثم تفريط ـ انتهى . وان لم يكن كلامه كافياً بما ذكرناه ، ثم انه صرح غير واحد ايضاً بأنه ليس لمالك الارض ايقاد النار تحت الاغصان لتحرق ، حيث يجوز القطع لانه أشد ضرراً ، فلو فعل ضمن مايتلف بسببه زيادة على حقه وهو كما ذكروه الا اذا كان الايقاد والقطع متساويين ، أوكان الايقاد أقل ضرراً كما يمكن تصويره ، فانه يقدم الاقل ضرراً ومع تساويهما

يتساويان، ولايخفى ان كلامهم في المتعارف الذي يكون القطع أقل ضرراً فلا يرد عليهم عدم التفصيل على ماذكرناه .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال : نعم قد يقال : ان له ايقاد النار لمصالحه كالتنور ونحوه ، وان أدى ذلك الى تلف الاغصان مع تفريط المالك بعدم العطف مثلا أو القطع ، لعموم تسلط الناس ، ولان اهماله وتفريطه أقوى من انتفاع المالك بماله المؤدي الى تلف مال الغير ، ولعله لذا قال أخيراً : فتأمل، اذ ان تفريط الغير لايسبب التدرج الى الاصعب مع امكان الاسهل ، فهل يقال بان تفريط صاحب الدابة في دخول دابته دار الانسان يبيح له ان يقتل دابته عوض ان يخرجها ، الى غير ذلك من الامثلة .

ثم ان القواعد قال : وكذا البحث في العروق الممتدة ، والحائط المائل الى هواء غيره ، والخشبة الواقعة على ملك غيره .

أقول : وكذلك الحال في الميزاب المائل وانبوب الماء وأعمدة الكهرباء والتلفون والتلفزيون وغير ذلك، والوجه في الجميع واضح، والعروق الممتدة في سردابه مثلا أو في بثره أو في غرفته أو فيما اذا أراد احداث سرداب ونحوه له قطعها أو عطفها، واذا سبب القطع مثلا أو العطف مما لابد منه موت الاشجار لوحظ تعارض الضررين، كماسبق مثل ذلك، بالاضافة الى انه أحياناً يكون اسرافاً والاسراف محرم في نفسه ، وقد ذكرنا مسألة التعارض والاسراف في بعض المسائل السابقة ، كما ذكرناها في [كتاب الغصب] أيضاً .

ثم الظاهر ان اجرة القطع على المالك لا على صاحب الهواء والأرض ، لان التعدي منه وهو المأمور برفع العدوان، وكذلك اذا دخل دابة الغير دار الانسان واحتاج اخراجها الى مؤنة ، فان امتنع كان لصاحب الهواء التقاص ،

أما بيت المال فلا شأن له في هذه الامور المرتبطة بالاشخاص والتي هي لمصالحهم الشخصية ، نعم يصح للحاكم الشرعي الاعطاء من بيت المال اذا رأى ذلك صلاحاً كما في سائر الموارد .

وقد ورد : ان بعض تلاميذ الامام الصادق عليه الصلاة والسلام أعطى مالا لقطع النزاع بين نفرين ، ثم قال : انه من الامام الصادق عليه السلام .(١)

ثم انه لو تعاسر صاحب الهواء وصاحب الشجر في من يقطع الأغصان أو يعطفها ، حيث استلزم عطفها أو قطعها دخول أرض الجار صاحب الهواء فأراد كل واحد منهما ان يعمل ذلك ، لم يكن وجه لتقديم أحدهما على الاخر ، لان كل واحد يريد التصرف في مال الغير ، والحاكم الشرعي يفصل بينهما بالتنصيف بأن يعمل كل منهما النصف ، لانه مقتضى قاعدة العدل، ولا يرجع الى ثالث ، لانه خلاف سلطتهما ، وقد تقدم في بعض المسائل السابقة ان الحاكم الشرعي انما له ان يتصرف خلاف السلطة بقدر الضرورة لا اكثر من ذلك ، فان الضرورات تقدر بقدرها .

ثم حال الأغصان المتعدية الى الجار حالها فيما اذا اخذت امام الهواء أو النور لشباك الجار، حيث له الحق فيهما،فان لصاحب الشباك العطف أو القطع أوما أشبه،كما ان الاشجار لو كانت بكلها في أرض صاحبها لكنها توجب الذباب ونحوه للجار مماليس بمتعارف كذلك، اذ قد ذكرنا في[كتاب احياء الموات] وغيره ان الأذية المتعارفة من الجيران للجيران لا توجب شيئاً، وحينئذ لا يتوقف الامر على القطع أو العطف للاغصان فقط ، بل أحياناً يكون دفع الأذى بمثل رش المبيدات أو نحو ذلك .

---

(١) الكافي : ج ٢ ص ٢٠٩ باب الاصلاح بين الناس ح/٣ .

ثم ان الشرائع قال : ولو صالحه على ابقاء الغصن في الهواء لـم يصح على تردد ، أما لو صالحه على طرحه على الحائط جاز مع تقديـر الزيادة أو انتهائها .

أقول : أمـا التردد في الاول فقـد ذكـروا ان وجه العدم عـدم جـواز افـراد الهواء بالصلح كما فـي البيع كذلك ، ووجـه الجواز ان الصلح عقد مستقل مع عدم كون ذلك صلحا عن الهواء ، بل هو صلح عن منفعة قائم مقام الاجارة .

وفي الجواهر : لاريب ان الاقوى الثاني ، خلافاً للمحكى عن الشيخ ، لكنك قـد عرفت سـابقاً ان الصلح ليس بتبع للبيـع أولا ، وان بيع الهـواء جائز ايضاً لاطلاق أدلة البيع بعـد كونه عرفياً .

أما الصلح على الطرح على الحائط، ففي مفتاح الكرامة عند قول العلامة بذلك انه هو الذي ذكره التذكرة والتحرير والدروس وغيرها ، وقد يظهر من التذكرة انه لامخالف فيه من الخاصة والعامة ، وفـي الجواهر : بلا خلاف ، وأما الاحتياج الى تقديـر المدة والزيادة وانتهائها فقد ذكروا وجه ذلك انـه لولا ذلك يكون الصلح مجهولا ومثله باطل، وعن الشيخ في المبسوط جوازه على ابقائه على الجدار اذا كان الغصن يابساً، وقال : ان كان رطباً يزيد فالصلح باطل لانه مجهول ، فانه يزيد في كل حال ، ولايعرف قدره . وعن جماعة مـن الفقهاء انهم قالوا : ان زيادته وانتهائها تعرفان بظن أهل الخبرة فلاجهالة .

وكيف كان ، فحيث قد عرفت ان الصلح يغتفر فيه من الجهالة مالايغتفر في غيره ، فـان كانت الجهالة بحيث لايغتفر فيه لـم يصح الصلح والاصح ، فالاطلاقات في كلاالجانبين محل نظر .

أما قول مفتاح الكرامة : قد يقال : ان الجهالة في المعوض عنه لاتمنع الصحة لكونها لاتمنع التسليم بخلاف العوض ، والحاجة تدعو الى الصلح لكثرته في الأملاك المتقاربة ، وفي القطع اتلاف وضرر، فلا يخفى ما فيه، ثم قال : لو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزائدحكم الأصل لما تعدى الى المالك قبل الصلح ، ويمكن ان يعفى عن هذه الزيادة المتجددة كالاولاد الحادثة للمستأجر للغرفة والسمن الحادث لمستأجر الدابة.

وقالوا: لابد مع ذلك من تقدير مدة الابقاء فلا يجوز مؤبداً ، قلت : لانه هنا يفيد فائدة الاجارة ، وكأنه في المسالك متأمل في ذلك حيث قال : علىما ذكره الجماعة ـ انتهى .

وفرعه الاول في الزيادة على خلاف العادة هو مقتضى القاعدة ، أما مثل زيادة الاولاد والسمن فالظاهر ان الاجارة ونحوها لاتقيد بمثل هذه القيود ، ولذا يصح أن يستأجر الانسان الدار من غيره ولايعلم كم عدد عائلته اذا كان على نحو المتعارف في الزيادة والنقيصة ، نعم التأبيد وعدم التأبيد غير ضار بالصلح ، وان كان التأبيد ضاراً بالاجارة ، فانك قد عرفت ان الصلح مبنى على مسامحات ليست جارية في غيرها ، فلا تلازم بين الصلح والاجارة حتى يقال اذا بطلت الاجارة بطل الصلح ، ولو انعكس الامر بأن صالح والاغصان بعد لم تتعد الى حائط الجيران لانه كان من طبيعتها التعدي صح ، ثم ان كان بسبب آفة أو نحوها لم تتعد أصلا وانكمشت الاشجار على نفسها ، فالصلح باطل لفرض عدم طرف للصلح بعد وقوع الصلح في العوضين ، ولو تصالحا على وضع الاغصان على الحائط ، ثم ان الاغصان سببت هدم الحائط أو تصدعه ولم يكن ذلكمن الصلح كان صاحب الاغصان ضامناً ، أما لو تصالحا

على كون الاغصان في الهواء فصارت على الحائط احتاج الصلح الى التجديد لان الصلح على الهواء غير الصاح على كونها على الجدار ، ومثله العكس بأن كان الصلح على الحائط فارتفعت الاغصان بمالم تكن على الحائط ولم يشمل مثل ذلك الهواء الصلح ، فان الامر يحتاج الى صلح جديد وبطل الصلح السابق .

ثم انه يصح الصلح مطلقاً ، وعلى أغصان أشجار خاصة كالعنب مثلا ، فاذا بدلها المالك الى أغصان اخرى أوضم أغصاناً اخرى مع الاغصان المصالح عليها كان خلاف الصلح ، وان كان تحميلهما على الحائط أو في الهواء بقدر واحد ، لان ذلك خلاف مقتضى الصلح .

واذا تساقطت الثمار من الاغصان المحمولة على أرض الجار فتعاسرا فيمن يجمع تلك الثمار لصاحبها كان كالتعاسر في قطع الاغصان كما عرفت .

ولو اختلفا في ان الصلح هل كان محدوداً أو غير محدود ؟ فالاصل مع عدم الزيادة في المدة ، كما انهما لو اختلفا في انه هل كان الصلح على مثل هذا الحمل الثقيل أو الاخف ؟ كان الاصل مع القائل بالاخف ، ولو اختلفا في انه هل كان الصلح على الهواء أو على الحائط ؟ فالتحالف لعدم الجامع بينهما .

نعم اذا كان الاختلاف في انه هل كان الصلح على الهواء مع الحائط أو الهواء المجردة ؟ كان الاصل مع القائل بالهواء المجردة.

ثم اذا كانت الاشجار قرارها في دار انسان ، ورؤوسها في دار انسان آخر كما أحياناً يكون كذلك فيما اذا استطالت الشجرة وثقبت وخرجت منها الى فوق فاختلف صاحب العلو وصاحب السفل في ان الشجرة لمن هو

لم يستبعد انيكون ذو اليد هو صاحب السفل لاصاحب العلو فيحتاج صاحب العلو الى الدليل ، وان كان المحتمل ان الدار كانت لانسان فورثاه بحيث قسما بينهما العلوي للعالى والسفلي للسافل ، فيكون الثمار والجهة العالية للعالي والعروق والجهة السافلة للسافل ، أو غير ذلك من صور الاشتراك ، أو صورة اختصاص العالي بالشجرة بأن استأذن السافل في انباتها أو اشتراها منه فتكون للعالي فكماتقدم في الجدار ومثله حال النباتات ذات الأوراق التى تغطي الجدران بأن كان المنبت في السافل والاوراق على جدار العالي، أو المنبت في دار انسان والاوراق في دار انسان آخر ، ومن المسألتين يعرف حال ما اذا كان المنبت عالياً والاوراق سافلا، كما قد يتعارف في مثل هذه النباتات التى ينتفع بأوراقها في تزيين جدران العمارات .

(مسألة ـ ١٩ ـ) قال في الشرائع : اذا كان لانسان بيوت الخان السفلي ولاخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة قضى بها لصاحب العلو مع يمينه .

وفي الجواهر تعليل ذلك بقوله: من حيث كونه صاحب سفل وعلو لاستقلال يد اختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك،وان كانت موضوعة في الارض المحكوم بها أيضاً لصاحب السفل لاعتبار اقتضاء اليد عليها اليد على محلها ويد اختصاص الاسفل على غيرها من الارض لايوجب اليد له عليها كما هو واضح .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ويقضى بالدرجة لصاحب العلو) كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والدروس والمسالك والروضة.

أقول : ان العمدة في ذلك ان صاحب العلو هو ذو اليد عرفاً دون صاحب السفل ، ولكن هذا انما هو في الدرج الذي لم يكن ظاهره انه لصاحب السفل حيث ان البناء يكون كبناء الحيطان والساحة والغرف، بينما بناء صاحب العلو بشكل آخر ، حيث ان ذلك يخرجه عن ان يكون صاحب العلو ذو اليد عرفاً ، وانما الظاهر ان صاحب السفل هو ذو اليد .

ولو اختلف العرف أو شك في مثل ذلك فالمرجع التحالف والبينة حسب الموازين المقررة وبعد ذلك يقسم بينهما ،كما ان الدرج لو كان نابعاً من فوق بالحديد ونحوه بدون ان يكون له قرار على الارض كما في بعض العمارات في الحال الحاضر ، فانه لصاحب العلو بلاشبهة ، لان الشبهة التي كانت في الدرج الثابتة غير آتية هنا ، ولو كان الدرج متحركاً في ساحة صاحب السفل بدون أن يكون متصلا بعمارة صاحب العلو فانها لصاحب السفل حسب القاعدة اذ هو كسائر الامتعة الموجودة في ساحة الانسان ، حيث يحكم بها له ، أما

الدرج الممتد بامتداد الطوابق كما هو متعارف في العمارات ذات الطوابق الكثيرة فالظاهر ان المختص مختص والمشترك مشترك ، فالدرج الاخير الى الطابق الاخير للاخير، وما قبله لاثنين، وما قبله لثلاثة الى ان يصل الى الدرج الاول ، فهو للجميع ، أما الدرج الاخير من الطابق الاخير الى السطح فلايبعد ان يكون كالفضلة في آخر الزقاق على ما عرفت سابقاً ، لان السطح ليس خاصاً بالاخير ، ولان الاخير ليس يستعمل الدرج الى السطح حتى يكون ذايد عليه، ولا فرق فيما ذكرناه بين الدرجات المبنية أو الدرجات المزحلقة الكهربائية كما يتعارف في الحال الحاضر .

أما الصعادات الكهربائية ، فالظاهر ان الجميع متساوون فيها ، وان كان دروبها الى الشقق مختصه بصاحب الشقق ، حيث انهم هم الذين يتصرفون فيها وحدهم من غير اشتراك الاخرين معهم فيكونون هم ذايد على تلك الدروب، والاشتراك في الصعادات بالتساوي لابالنسبة بأن يقال مثلا : صاحب الطابق السفلاني انما يستعمل الصعادة بقدر عشرة أذرع ، أما صاحب الشقة الفوقانية فانما يستعملها بقدر مائة ذراع ، اذ لااعتبار بكثرة التصرف وقلته في تسمية الانسان ذايد ، فاذا كان مثلا : في دكان نفران يجلس في الدكان أحدهما ثلاثة أرباع اليوم والاخر ربع يوم لايقال ان ثلاثة أرباع الدكان للاول وربعه للثاني لان كليهما ذايد ، والاعتبار بكونه ذايد لابالقلة والكثرة كما ذكرنا مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة من كون أحدهم ذا عائلة خمسة والاخر ذا عائلة عشرة مثلا ، الى غير ذلك من الامثلة .

ثم ان المسالك قال: هذا مع اختلافهما في الخزانة تحتها، أما لو اتفقا على ان الخزانة لصاحب الاسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسطة بين الاعلى والاسفل

فيجرى فيها الخلاف السابق، وكانه أخذه من الدروس ، حيث قال في محكى كلامه: ولو تنازعا في المرقى ومحله فهو للاعلى ، وفي الخزانة تحته بينهما ، ولو اتفقا على ان الخزانة لصاحب الاسفل فالدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل فيقضى بها بينهما ولا عبرة بوضع الاسفل آلاته تحتها ، ثم اذا ثبت الدرج للاعلى فهوذويد في الاسس ـ انتهى .

وما ذكراه هو الاقرب بنظر العرف ، لان الخزانة بيد صاحب الاسفل والمرقى بيد الاعلى ، فهو يكون كالسقف الذي يدعيه صاحب العلو وصاحب السفل .

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر ، حيث قال : قد يرجح صاحب السفل بانها من بيوته الظاهرة في العرف استقلال يد اختصاصه بها بتبعية الهواء للدار كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفاً بالاعلى، اذفيه ان المعيار العرف، والعرف يرونه كالسقف الذي فوقه غرفة وتحته بيت أو وتحته غرفة ايضاً، ومن ذلك يعلم حال الدرج الذي لايصعد منه الى فوق ، وانما ينزل منه الى تحت، حيث التحت لاحد وسطح الساحة لانسان آخر.

ولو اختلفا في السقف الذي تحته السرداب فحاله حال السقف الذي فوق البيت تحت الغرفة لوحدة الملاك عرفاً بين الجميع .

ثم ان مفتاح الكرامة قال لابد من التقييد في الدرجة بما اذا كانت، معقودة، فلو كانت دكة غير معقودة أو كانت سلما في محل الصعود مربوطاً به أم لا ؟ فلا مجال للاختلاف فيهما، بل هما للاعلى قولا واحداً على ما قد يفهم من التذكرة، كما ان السلم الموضوع في غير محل الصعود ملك لصاحب السفل اذا كان في ملكه .

أقول : لايمكن القول باطلاق كون الدكة للاعلى ، اذ قد تكون هنالك

حجر موضوع يصعد عليه الى غرفته الاعلى وهولصاحب الدار، حيث يجلس عليه مثلا أو وضعه لمأرب هناك فالمرجع العرف ، فان رأوا ان الاعلى ذويـد عليه فهو له أوالاسفل ذويد عليه فهوله ، أولم يروا انه لهذا أو لذاك ، فمقتضى القاعدة التقسيم بعد اجراء موازين الدعوى .

وعلى اي حال، فان ظهر سقف الخزانة وهو الدرج موضوعاًلذي يد من أحدهما فهو ،والا فمقتضى القاعدة التقسيم فاحتمال القرعةكما عن الشيخ في أحد قوليه في الكتابين ، والشهيد في اللمعة وغيرهما محل نظر ، وقد ذكرنـا غير مرة في مباحث [الفقه] أن الماليات تحكم فيها قاعدة العدل على قاعـدة القرعة ، فليس هناك من موضوع القرعة الذي هوالمشكل حتىيكون المرجع القرعة .

ولافرق فيما ذكرناه بين ان تكون الخزانة ذات صندوقين أو صنـاديق أو ذات صندوق واحد ، لكن اذا كانت الخزانة ذات صندوقين أحدالصندوقيـن كالاسفل محلوضع اثاث صاحب السفل، والصندوق الاخر محلوضع أثاث صاحب العلو يكونكل واحد منهما ذايد على ما يخصه من الصندوق، ويكون ذلك قرينة على انه ملك له، وان اختلفابأن كان كل واحد منهما يدعي الكل ، لان كل ذيبد داخل وغيره خارج فيعمل في الصندوقين حسب ما يعمـل في الداخل والخارج فيالدوروالدكاكين وغيرها، ومثل الصندوقين صندوقالعلو والسفل اذا كان الصندوقان باستطالة .

ثم ان المنارة لنفرينيصعدان عليهااذا اختلفافيالدرج،وكانتذات درجين، فاذا كان اختصاص أحد الدرجين بأحدهما ، والاخر بالاخر فكل واحد ذويـد علىالدرج الذي يصعد منه الى رأس المنارة، اما اذاكانا يصعدان هذا من هذا

الدرج مرة، ومن ذلك الدرج اخرى،وكذلك العكس فهما ذايد عليهما ، ويكون الحال التقسيم، ثم انه اذا لم يكن تحت الدرج خزانة وادعاه الاعلى والاسفل كان مقتضى القاعدة أن يكون للاسفل، اذ لاوجه لان يكون للاعلى بعد كونه من ساحة الاسفل، خصوصاً اذا كان الدرج من الحديد ونحوه مما صنع من القضبان المنفرج في أواسطها ، فانه لاوجه لاعطائه للاعلى ، وان كان من المحتمل ان الاعلى اشتراه منه أو غير ذلك، فان الاعتبار بكونه ذايد على ما تقدم .

ولا فرق في المسائل السابقة بين ان تكون الخزانة خزانة فارغة أوخزانة أثاث أوخزانة دجاجات وطيور وما أشبه .

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر :ولو تداعيا الصحن الذي وضعت المرقاة في صدره اي نهايته في السعة وهو آخر خطته في الجهة المقابلة للباب قضى منه بما يسلك فيه العلو بينهما مع التحالف والنكول ، وما يخرج عنه لصاحب السفل لظهور يد صاحب العلو باعتبار افتقاره الى السلوك في ملك مقدار الممر ويشاركه فيه بالتصرف أيضاً صاحب السفل ويختص بغيره ـ انتهى .

وقال العلامة في القواعد : لو تنازعا صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا ، فان كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك واختص الاسفل بالباقي ،ونقله مفتاح الكرامة عن الدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة والتحرير والارشاد وغيرها ، ثم قال : ووجهه ان صاحب العلو لما افتقر سلوكه اليه الى التصرف من الصحن في قدر الممر كان له عليه يد دون باقي الصحن وصاحب السفل يشاركه في التصرف وينفرد بالباقي ، ويكون قدر المسلك بينهما ، وقد خالف الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة فذهبا الى ان

الاسفل بينهما نصفين ، واحتمله في الدروس لان صاحب الاعلى لا يكلف المرور على خط مستقيم ، ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلا فله يد على الجميع في الجملة ـ انتهى .

لكن مقتضى القاعدة هو المشهور لوضوح ان العرف لا يرون صاحب الاعلى ذا يد على الجميع ، وانما يرون انه ذا يد على قدر الممر ، نعم لو كانت الساحة قليلة العرض كذراعين مثلا مما يرى العرف ان تصرف كل واحد منهما في الساحة بقدر تصرف الاخر يكون مقتضى القاعدة الاشتراك ، وقد أشكل الجواهر على قول الدروس لامكان الاشتراك بقوله : وفيه ان مثل هذا التسامح المعتاد لايقتضي اليد على تمام العرصة كما هو واضح ـ انتهى .

ومراد القائل بالاشتراك وعدمه في الساحات الواسعة لا ما فرضناه من صورة الاستثناء فلا يستشكل عليهم بما ذكرناه ، فان المستثنى منصرف عن مورد كلامهم ،وان كان كثيراً مايقع في الخارج كما شاهدناه في بعض البيوت التي عرض ساحتها قليل ، وان كان طولها كثيراً ، أما اذا انعكس الامر بأن كان الممر من الباب الى درج الغرفة الفوقانية قليلا كذراعين أو ثلاثة أذرع مثلا ، أما الخط المقابل له اليمين واليسار كثيراً كعشرين ذراعاً وما أشبه فلا يشك في ان صاحب الغرفة ليس مشتركاً ، لانه ليس ذا يد على طرف اليمين والشمال ، وانما يده على ممره فقط .

ثم ان القواعد قال : ولو كان المرقى في الدهليز أو في أول الباب ،فمن أول الباب الى المرقى بينهما والباقي للاسفل ، وفي مفتاح الكرامة قد صرح بالحكم المذكور فيما اذا كان بالدهليز في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ، وأما اذا كان في أول الباب ، ففي جامع المقاصد

ان الاشتراك لا يتأتي ، اذ المرقى في أول الباب ، ويمكن ان يقال : لابد من الباب والصعود في المرقى في الاشتراك الى أول المرقى ـ انتهى .

وهـو كما ذكـروه ، ولا فرق فـي ذلك بين باب السرداب وباب الغرفة الفوقانية لوحدة الدليل في كلا الامرين ، كما انه لافرق في أن يكون الفوقاني أو التحتاني غرفة للسكنى أو دكاناً أو مخزناً أو غير ذلك .

ثم قال القواعد : ولـو خرج المرقى عن خطة الخان والعرصة بأجمعها فالاسفل ، وفي مفتاح الكرامة نقله عن التذكرة والدروس والمسالك والروضة وذلك لانه لا تعلق لصاحب العلو بها على أي حال .

ومنه يعلم ان استثناء مفتاح الكرامة عن ذلك بقوله: الاان نقول في السكة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع، ويؤيده ان العرصة بجملتها يحيط بها الاعلى كما يحيط بها الاسفل ، محل نظر ، اذ لاربط للاعلى بالعرصة بعد ان لم يكن ذايد عليها ، ولذا قال في الجواهر حاكياً عن الدروس : ان اشتراك الفضلة بعدان لم يكن لاحد بالخصوص يد عليها ولا ترجيح، بل قد يرتفق الجميع بها، لايقتضي الحكم بالاشتراك في الفرض بعد ان لم يكن لذي العلو تصرف في العرصة، ولو أحاط بمجردها ليس التصرف والحكم بها للاسفل للتصرف وظهور كونها داراً لبيوته لا للاحاطة، ولذا جزم في الروضة في الفرض بكون العرصة للاسفل ،كما انه جزم في الاخير بأنها مع الدهليز للاخير ـ انتهى .

ثم الظاهر ان العمارات ذات الطوابق التي يحيط بها في أطرافها ساحات أو حدائق تكون تلك الساحات أو الحدائق لجميع الطوابق لا للطبقة الاخيرة فقط ، سواء ارتادها الجميع للتنزه أو الارتفاق أم لا؟ لان نسبة تلك الساحات والحدائق الى جميع الطوابق على نحو واحد ، فـالكل يستفيدون منها منظراً

أو خروج شباك اليها أو ارتفاقاً بها أو استفادة من أورادها وازهارها الى غير ذلك، ومثل الساحات في اشتراك الجميع فيها الجدران المحيطة بتلك الساحات والحدائق .

ومنه يعلم، انه لو كان هناك اقفاص دواجن أو ما أشبه فادعاها كل واحد فهي بينهم على التساوي بعد التحالف أو اتيان كل منهم بالبينة أو الامتناع عن البينة والحلف على حسب القواعد ، كما انهم لو اختلفوا في أشجارها وازهارها وثمارها فهي بين الجميع أيضاً .

(مسألة ـ ٢٠ ـ) قال في القواعد : والمسناة بين الملكين كالجدار ، وفي مفتاح الكرامة: لو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الاخر أوبين أرضيهما أو بين نهريهما تحالفا وكانت بينهما لانها حاجز بين ملكيهما كالحائط بين الملكين كما صرح به في التذكرة ونحوه ما في التحرير ـ انتهى .

وهو على ماذكروا ، لانه لاأولوية الا اذاكان من أحدهما يددون الاخر ، فانه الحكم يكون لذي اليد ويكون غيره خارجاً فعليه البينة وعلى ذي اليد الحلف ، ومنه يعلم انه لوكان نهر بين بستانيهما أو أرضيهما أو داريهما أو ماأشبه وتنازعا فيه، فانه يكون لهما، وان كان أحد طرفي النهر أو سمع من الطرف الاخر ، لان السعة لاتدل على شيء .

(مسألة ـ ٢١ ـ) قال في القواعد : لايصح الصلح على مالايجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجية، أو مع شاهد ليمتنع من اقامة الشهادة ، وفي مفتاح الكرامة كما في التذكرة والتحرير والدروس ، لانه من باب تحريم الحلال وتحليل الحرام .

أما الزوجة فان كانت زوجته في الواقع لم يجز لها أخذ العوض على ذلك ولايصح الصلح والا فان كانت محرمة عليه فالامر ظاهر والا فان أرادت بذل نفسها لايصح بغير عقد النكاح، ومثله مالوصالحته ليقرلها بالزوجية ولوصالحته عن دعوى الزوجية ليكف عنها ، ففي التذكرة ان الاقرب الجواز ـ انتهى .

أقول : حيث تقدم ان الصلح جائز ولوكان الحق ثابتاً لاحد الطرفين ، وكلاهما يعلمان بذلك لم يكن مانع في الصلح مع المرأة ، أو مع الرجل للاعتراف بالزوجية ، أو بعدم الزوجية ، وكأن هذا الفرع مبنى على أن يكون الصلح له طرفان .

ومنه يعلم وجه النظر في الفرع الثاني، اي الصلح مع الشاهد ، وان قال في مفتاح الكرامة : فأما الشاهد فلان المشهود به ان كان حقاً لادمي كالدين أو لله سبحانه وتعالى كالزكاة والشاهد يعرف ذلك لم يجز له أخذ العوض على تركه كما لايجوز أخذ العوض على ترك الصلاة ، وان كان كذباً لم يجز له أخذ العوض أيضاً على تركه ،كما لايجوز له أخذ العوض على ترك شرب الخمر، وكذلك لو صالحه ليشهد له ، وأما لوصالحه على ان لايشهد عليه زوراً فلان ترك ذلك واجب عليه ، كما لايجوز ان يصالحه على ان لايقتله ولايغصبه ماله ـ انتهى .

وقد ذكرنا نحن في بعض مباحث [الفقه] انه يجوز للانسان ان يستأجر غيره ليصلي مثلا صلاته الواجبة أويصوم أو يحج أو ما أشبه ، فان ذلك يجعله مؤكداً ، كما يجوز له ان يستأجره للكف عن شرب الخمر والزنا وما أشبه اذا قلنا بأن متعلق الاجارة يقع مثل الكف ، وهكذا اذا جعل له جعالة على مثل ذلك وناقشنا في قولهم بعدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات .

ثم قال في القواعد : أو عن حد القذف وقال في مفتاح الكرامة : أي لايصح الصلح كما في التحريروالتذكرة وجامع المقاصدلانه ليس من الحقوق المالية ، ولامن توابعها ، وانما شرع لتنزيه العرض فلا يجوز ان يعاوض عن عرضه ، وفي جامع المقاصد : انه لوصالح عنه لم يسقط الحد ، لان الباطل لا أثر له قال : وهو مقرب التذكرة والموجود فيما عندنا من نسخها ان الاقرب سقوط الحد ، ولعله لانه في حكم العفو فتأمل ـ انتهى .

لكن يصح أن يصالحه على ان لايرفع الامر الى الحاكم حتى يحده بعدما قذفه مثلا ، وكذلك اذا صالحته المرأة المزنى بها جبراً ان لاترفع امره الى الحاكم الشرعي فيما اذا لم يكن يجب عليها رفع الامر الى الحاكم الشرعي والا فيكون من تحليل الحرام وتحريم الحلال .

(مسألة ـ ٢٢ ـ) قال في الشرائع : اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها قضى للراكب مع يمينه ، وقيل هما سواء في الدعوى ، والاول أقوى .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (والراكب أولى من قابض اللجام على رأى) موافقاً للمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح واللمعة ، وقد حكم بذلك أكثر هؤلاء والمصنف في باب القضاء ايضاً من دون تردد ، لان الراكب (كما في المبسوط) أقواهما يداً وأكثرهما تصرفاً ، لكن في الخلاف والسرائر انها بينهما نصفين ، وفي المبسوط انه أحوط ، وفي جامع المقاصد انه أصح ، وفـي المسالك أقوى ، وفـي الروضة قـوي ، وقال فـي جامع المقاصد لكن لابد ان يحلف كل منهما لصاحبه ولاترجيح في الدروس ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة هو التنصيف، لانه لايرى العرف قوة ليد أحدهما على الاخرى فكثيراً مايكون الراكب هو المالك ، كما ان كثيراً مايكون آخذ الزمام هو المالك، وانما يكون الراكب مستأجراً، فالقول بالتنصيف هو مقتضى القاعدة .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر ، حيث قال : عند قول الشرائع الاول أقوى : لما ذكرنا من ظهور العرف في كون يد الاختصاص له خصوصاً مع ملاحظة نظائره باعتراف الخصم كتنازع لابس الثوب وممسكه ، ومن له حمل على الدابة مع من في يده زمامها وغير ذلك ـ انتهى ، للفرق الواضح بين اللابس والممسك والمقام .

ثم انه اذا كان على الدابة راكبان مقدم آخذ باللجام ومؤخر ردفه ، فالظاهر انهما متساويان في اليد . الا أن يكون ركوب أحدهما بحيث يرى العرف انه

ليس بمالك كما اذا كان راكباً سطحياً ، سواء كان المقدم أو المؤخر وأولى بالقسمة اذا كان الراكبان بدون لجام بيد أحدهما أو اللجام بيد كليهما أو كانا جالسين ردفا الى جانب أو الى جانبين بأن يكون هذا الى جانب اليمين وذاك الى جانب اليسار ، ولو شك في ان أحد المذكورين ذا يد ، والاخر متطفل أو انهما مشتركان فقاعدة العدل التساوى ، ويأتي في المقام ماذكرناه في بعض المسائل السابقة من الصور الاربع بأن حلفا أوتركا أو أقاما بينة أوتركا البينة ، أما اذا كانت لاحدهما بينة دون الاخر أو حلف أحدهما دون الاخر فالحق مع ذي البينة والحالف .

ومما تقدم يعلم حال ما اذا اختلف السائق للسيارة والراكب فيها على انها لايهما ، فانه لا أولوية ، اذ كثيراً مايجلس صاحب السيارة في الخلف أو الى جانب السائق والسائق يكون أجيراً عنده أو متبرعاً ، وكذلك حال ما اذا اختلف السائق والذي الى جنبه ، حيث ان الغالب ان السائق يأخذ تلميذاً ينوب منابه فيجلس هذا وراء المقود مرة وذلك مرة، وكذلك حال راكب الدراجة البخارية أو غير البخارية مع زميله الذي ركب خلفه أو أمامه بأن يكون أحدهما هو المحرك والاخر جالس كذلك بدون تحريك، وكذلك حال ما اذا أخذ أحدهما باللجام ويسوق الاخر فانهما متساويان في الاستيلاء على الدابة ، أو كانوا ثلاثة راكب وسائق وقائد ، ولاحاجة لان يكون القائد خلف الدابة ، بل وكذلك اذا كان الى أحد جانبيها، لتعارف قيادة الدابة والسائق يسير الى أحد الجانبين، وفي قطيع الغنم وقطار الابل والبقر والجاموس وما أشبه اذا كان قائدان أو سائقان أو قائد وسائق أو قائد ومتوسط أو متوسط وسائق أو ماأشبه ذلك ، وادعى كل

واحد الجميع ، فانه يقسم بينهم بالسوية على ما تقدم من الصور الاربع،هذا كله اذا لم تكن هناك قرائن توجب الاطمينان بكذب أحدهما ،كما اذا كانت الدابة أو السيارة لاتليق بأحدهما ، لانه انسان عادي فقير لايركب مثل تلك الدابة أو السيارة بخلاف الاخر الذي هو ثرى من شأنه أمثال ذلك .

ومما ذكر ظهر وجه ماعن غاية المراد من انه لاشك ان كلا منهما مدع بتفسيرات المدعي ومنكر ايضاًبها ، ولكل يد الا ان يد الراكب تضاف الى تصرفه ، فان ثبت ان التصرف له مدخل في الرجحان رجح به، وأما الترجيح بقوة اليد فلا أثر له، لان قوة سلطان اليد لاتؤثر، وتبعه المحقق الثاني والشهيد الثاني ، وقولهم ليس من باب القياس ، لان الثبوت ايضاً يحتاج الى الدليل ، وانما من باب ان العرف لايرون لقوة اليد في امثال المقام أثراً بعد كون كل منهما زايد مما يقضى بالحكم بقاعدة العدل بينهما .

وعلى أي حال ، فما حكي عن جامع المقاصد والمسالك والروضة ان اللجام لمن هو في يده والسرج لراكبه غير ظاهر الوجه ، لان العرف يرى الاثنين من واد واحد ، وان كان أحدهما في يد هذا والاخر في يد ذاك ، ولذا اشكل عليهم بأن الحكم غير واضح ، لانه يبعد ان تكون الدابة لرجل واللجام لاخر ، وخصوصاً اذا كان المقبوض حبلا مشدوداً على رأس اللجام ، وكذلك الحال في السرج والرحل، وقول المستشكل بانه يبعد لايريد البعد الاستحساني بل البعد عن نظر العرف ، فان ذلك يوجب ان يرى العرف ان كليهما ذويد على الدابة وعلى أجزائها المختلفة ، ولاجل ذلك لايمكن أن يقال في مثل السيارة ان الجالس في الامام والجالس في الخلف اذا اختلفا في السيارة انها

لمن ؟ ان المقدم للجالس مقدماً والمؤخـر للجالس مؤخراً اذ العرف يـرون السيارة شيئاً واحداً .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول العلامة وذو الحمل على الدابة أولى من غيره ، وفي مفتاح الكرامة بلاخلاف كما في المبسوط ، وبهـذه العبـارة ومثلها من دون تعرض لكون الاخر قابضاً لزمامها ، ولا لكونه غير قابض صرح في الباب وباب القضاء المحقق والمصنف والشهيدان والكركي وغيرهم- انتهى .

اذ العرف يرون ان ذا الحمل والقابض بالزمام أو السائق كلهم متساوون وكذلك السائق والراكب مع الحمل كلهم متساوون في كونهم ذايد على الدابة، سواء كان ذو الحمل أيضاً قابضاً بالزمام بأن كان القابض لزمامه نفران أو كانا سائقين أو كانا يمشيّان في طرفيها أو كانا راكبين مع كون الحمل لاحدهما، فمثل هذه الترجيحات الاستحسانية لاتتمكن ان تقاوم رؤية العرف ان كليهما ذا يد عليها وكذلك في السيارة اذا كان أحدهما ذا حمل والاخر سائقاً ، فالاستدلال لتقديم ذي الحمل بأن وضع الحمل على الدابة يستدعى كمال الاستيلاء فيترجح صاحبه على غيره محل تأمل .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قـول المحقق لوتداعيا جمـلا ولاحدهما عليه حمل كان الترجيح لدعواه ، وان قال في الجواهـر قطعا ضرورة ظهـور وجود الحمل عليه في يد الاستقلال به ، بل قد يقال بكونه كذلـك لوفـرض ان للاخر يداً عليه بقبض الزمام باعتبار ظهـوره بالاختصاص، وفي الحمـل كالراكب والقابض فضلا عما لوكانـا معاً قابضين ولاحدهما خاصة الحمل - انتهـى .

اذ قد عرفت ان مثل هذه الامور ليست مرجحة عرفاً ولعله كان اعرافهم غير عرفنا فنظروا الى أعرافهم فقالوا بما قالوا اما في عرفنا، وكماهو المشاهد الان، فليس هنالك ترجيح بالحمل ،كما انه اذا كان القطيع مثلا متنازعـاً فيه وأحدهما قد جز صوفه أوحلب لبنه أو ماأشبه ذلك لم يكن ذلك مرجحاً ، لان يكون القطيع لـه ، وكذلك اذا كانت الدابـة متنازعاً فيها بينهما ، وقد صبغها أحدهما أوماأشبه ذلك، فان كل ذلك استحسانات وليست بمرجحات، وكذلك الحال اذا كانت دار مورد نزاع بينهما ، وقد رممها أحدهما أو صبغها أو جرّ الماء والكهرباء والتلفون وماأشبه اليها ، فان كل ذلك لايوجب أن يكون ذلك ذو اليد دون الاخر الذي ينازعه، وكلاهما جالسان في الدار أوكلاهماخارجان عنها ، نعم ماذكره الشرائع وغيره ، حيث قال : أما لوتنازعا ثوبـاً ، وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء ، هو مقتضى القاعدة لوضوح عدم اقتضاء الاكثرية عرفاً الاختصاص، وفي القواعدويتساويان في الثوب في أيديهما، وانكان في يد أحدهما أكثره .

وقال في مفتاح الكرامة: بأنكان في يد أحدهما تسعة أعشار وفي يدالاخر عشر ، فانه يجعل بينهما نصفيـن بلاخلاف كمافي الدروس ، وبـه صرحّ في التذكرة واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها .

ثم الظاهر انه لوكان أحدهما ممسكاً بالثوب والاخر لابساً لـه يكون ذو اليد هو اللابس ، لانـه يراه العرف كذلك ، وقد علـل بزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة، وفي مفتاح الكرامة : انكونـه للابس قوى جداً ، ومن الواضح تقييد الحكم بماذكره التذكرة من انكل ذلك مع عدم البينةواليمين اذ قد عرفت مجيء الصور الاربع في المقام ، لكن اذا لم تكن قرينـة توجب

كذب اللابس، كما اذا كان الثوب بقدر الممسك لا اللابس، الى غيرذلك .

وحال غير الثوب حال الثوب، فاذا تنازعا شاتاً أوحماماً أو كتاباً أوفراشاً أو غير ذلك وهو في يدهما وكان في يد أحدهما الاكثر لايحكم بمن في يده الاكثر وانما هو لهما ، نعم قد يعد أحدهما ذو يـد دون الاخـر ، كما اذا أخذ الحمام أوالدجاج مثلا أحدهما في حضنه وكان بيد الاخر منقاره أو ذيله، فانه لايعد ذايد بعدكون الاول معـداً في العرف ذا يد عليه ، بل يعد هذا الممسك بالمنقار أوالذيل مثل الانسان الممسك بحلقـة الباب ، ويدعى ان الدار له في قبال الجالس فى الدار المدعى كون الدار له ، فان الممسك بحلقة الباب يعد خارجاً، لانهما متساويان، أما لوادعى أحد المستولين على السيارة أو الدابـة أوالثوب أوماأشبه النصف والاخر الكل ، فلمدعـى النصف الربع ، ولمدعى الكل ثلاثة أرباع على ماسبق مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة .

ثم انهما لوتنازعا دابة ولاحدهما عليه السرج والجل ، أوداراً ولاحدهما فيها الاثاث وكانا خارجين ، أو كانا داخلين لميكن الاثاث والسرج ونحوهما دليلا على أحقية ذيهما، ولذا قال في الشرايع: وكذاهما سواء لوتنازعا عبداً ولاحدهما عليه ثياب، وفي الجواهر مع فرض ثبوت يدهما عليه لانهلامدخلية لزيادة الملك، فانه قد يلبسها بغير اذن مالكها أو بالعارية فهي حينئذ ليست يداً عرفاً، ومن هنا يعلـم انه لوفرض ان لاحدهما خاصة عليه يد والاخر له ثياب عليه، فالقول حينئذ قول صاحب اليد، كما انه لولميكن لاحدهما خاصة عليه يد عند الثياب لاحدهما يكون بينهما أيضاً لماعرفت من عدم كون الثياب يداً لصاحبها ـ انتهى .

وقوله : مع فرض ثبوت يدهما عليـه ، من باب المثال ، اذ لافرق بين

ثبوت يدهما عليه، أوعدم يد لاحدهما عليه فمقتضى القاعدة انه لو كان لاحدهما عليه ثياب وللاخر يد انه لذي اليد ، لان الثياب لايعد يداً ، فهو من قبيل أن تكون دار مورد نزاع بينهما وأحدهما جالس فيها وللاخر فيها اثاث ، وكذا لوتنازعا اصطبلا أوكراجاً أو ما أشبه ، ولاحدهما فيه دابة أو سيارة ، والاخر مستول عليه، فان الحق مع المستولى لانه ذويد عرفاً، وقد قال مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (يتساويان في العبد وانكان لاحدهما عليه ثياب) بلاخلاف كمافي المبسوط، وبه صرح فيالشرائع والتذكرة وجامع المقاصدوالمسالك وقضاء الكتاب وكشف اللثام .

أقول : وهذا يؤيد ماذكرناه من استواء صاحب الحمل وغيره اذا كان كلاهما ذا يد أوكانا خارجين .

ومنه يعلم ان تعليل مفتاح الكرامة للفرق محل تأمل قال : وان نفع الثياب يعود الى العبد لا الى صاحبه ، بخلاف الحمل على الجمل ، فان صاحبه المنتفع به ، ولان الحمل لايجوز أن يحمله على الجمل الا بحق ، ويجوز أن يجبر العبد على لبس قميص غير مالكه اذا كان عرياناً وبذله ـ انتهى .

اذ لايخفى مافي هذا التعليل الاشبه بالاستحسان، فلايمكن أنيكون فارقاً بين المسألتين بعد رؤية العرف على ماذكرناه .

(مسألة ـ ٢٣ ـ) قال في الشرائع : ولو تداعيا غرفة على بيت أحدهما وبابها الى غرفة الاخركان الرجحان لدعوى صاحب البيت ، وفي المسالك : لانها موضوعة في ملكه ، لان هواء بيته ملكه لانه تابع للقرار ، ومجرد فتح الباب الى الغير لايفيد اليد ولا الملك فيقدم صاحب البيت بيمينه، هذا اذا لم يكن من اليه الباب متصرفاً فيها بسكنى أوغيره والاقدم، لان يده عليها بالذات لان التصرف مقتضى له وثبوت يد مالك الهواء بالتبعية ليده التي هي القرار واليد الفعلية أقوى وأولى من التابعة، ويحتمل التساوي حينئذ لثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم تأثير قوة اليد كماسلف ـ انتهى .

وفيه : ان الاحتمال لاوجه له بعد رؤية العرف ان الساكن أو نحوه هوذو اليد ، وكذلك اذا كان سرداب تحت البيت ، ولذا قال في الجواهر:واحتمل التساوي في المسالك ، وفي قواعد الفاضل ومع التصرف اشكال ، وان كان لايخفى عليك مافيه ـ انتهى .

ومما تقدم يعلم انه لو تداعيا غرفة متوسطة بين الغرفتين غرفة أحدهما تحتها وغرفة أحدهما فوقها ، فانه لاأولوية لاحدهما على الغرفة المتوسطة ، اذ كلاهما بالنسبة اليها على حد سواء ، فمقتضى القاعدة التقسيم ، وكذلك الحال اذاكانت غرفة تحت غرفتيهما بأن كانت كل غرفة مثلا خمسة أذرع بينما الغرفة التحتانية عشرة أذرع أوكانت غرفة كذلك فوق غرفتيهما ولااعتبار بأن تكون غرفة أحدهما أصغرمن غرفة الاخرمثلا كانت غرفة أحدهما خمسة أذرع وغرفة الاخرعشرة أذرع لرؤية العرف استوائهما في ذلك ، وكذلك اذا كانت الغرفة الفوقانية أو التحتانية أكثرها على غرفة أحدهما وأقلها على غرفة الاخر، ولو

كان درجان متقابلان ينتهيان الى درجة واحدة أحد الدرجين الى غرفةوالدرج الاخر الى غرفة اخرى، فالظاهر اختصاص كل غرفة بدرجها الىالحد المشترك أما المشترك فهو لهما .

(مسألة ـ ٢٤ ـ) لو صالح عن القصاص بشيء خاص فظهر مستحقاً، فالظاهر الرجوع الى القصاص ، لان الصلح لما بطل بقي القصاص على حاله، وكذلك اذا شرطا في الصلح شرطاً ولم يعمل الاخر بالشرط وأخذ الشارط بشرطه بأن فسخ الصلح رجع القصاص الى حاله، ولذا قال في القواعد : ولو صالح عن القصاص بعبد فظهر مستحقاً أو حراً ، فالاقرب الرجوع الى القصاص ـ انتهى.

وفي مفتاح الكرامة : كما في الدروس وجامع المقاصد وهو الاصح، لانه عقد باطل فلا يترتب عليه سقوط القصاص ، لان سقوطه حينئذ أثر العقد الصحيح، والباطل لا يترتب عليه أثره، لكن ينبغي أن يقال فيما اذا ظهر الشيء (عبداً أو غيره) مستحقاً مما لصاحبه الحق في الفسخ والامضاء انه اذا أمضى لم يكن حق في بطلان الصلح ورجوع القصاص كما هو مقتضى القاعدة .

وعلى أي حال ، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فيما حكى عن التذكرة من انه لو ظهر مستحقاً ينتقل الى القيمة ، وفي مفتاح الكرامة : لعله يريد الى قيمة العبد لو ظهر مستحقاً ، وقيل في الحر لو كان عبداً، لتضمن الصلح اسقاط القصاص على مال فلا يعود القصاص لتعذره ، بل ينتقل الى قيمته ـ انتهى .

والظاهر انه محل اشكال ، اذ الصلح كان على الشيء الخاص فهو كالبيع لشيء خاص ، حيث يظهر مستحقاً ولا يجيز صاحبه أو كان غير قابل للملك ، فان مقتضى القاعدة بطلان البيع لا الرجوع الى القيمة .

ومنه يظهر أيضاً وجه النظر فيما عن العلامة وأبي حنيفة انه ان ظهر العبد مستحقاً انتقل الى قيمة العبد ، وان ظهر حراً رجع الى الدية واحتمل الدية فيهما ، لان المقدر بالتراضي قد فات فيرجع الى المقدر الشرعي ـ انتهى .

نعم يصح الانتقال الى القيمة فيما اذا كان الحجم من باب تعدد المطلوب

بأن كان الصلح على القيمة ابتداءاً ، وعلى الحجم ثانياً ، حيث انه اذا بطل أحدهما بقى الارتكاز كما ذكروا مثله في الوقف والوصية والنذر وماأشبه اذا تعذر العين، لكن ذلك يحتاج الى نص خاص من المتصالحين فيما كانت نيتهما ذلك حتى يقع الصلح على المرتكز لاعلى العين الخارجية ، أما في مقام الاثبات فلو اختلف المتصالحان على ان الصلح هل وقع على القيمة ، وانما العين شيء ثانوي ، أو وقع على العين ، فمقتضى القاعدة مع من يقول انه وقع على العين، أما من يدعي ان الصلح وقع على القيمة في نيتهما فهو بحاجة الى الدليل لانه خلاف ظاهر اللفظ .

(مسألة ـ ٢٥ ـ) ذكر المحقق القمي (قده) في جامع الشتات فروعاً نذكرها مجملا :

(الاول) لوصالح الزوج والزوجة أو الاخوان أو أجنبيان أوسائر الارحام على أن أيهما مات قبل الاخر يكون أمواله للحي ، فالظاهر الصحة لانهمعاملة عقلائية ، فيشمله أدلة الصلح ، لكن المحقق القمي فرض المسألةفيالزوجين وقال في الجواب : ان هذه المصالحة لاصورة لها في الشرع .

ومما ذكرنا يعلم صحة الصلح كذلك أيضاً في غير الموت ،كما اذا تصالحا على ان أيهما دخل البستان أولا فعليه سقي البستان ، أوعلى المتأخر سقي البستان ، أو اذا تصالحا ان أيهما تأخرعن الجلسة فعليهكذا ، الى غير ذلك من الامثلة ، والاشكال في ان مثل هذا الصلح مجهول وغرر ولم يرد مثله في الشرع، وان الاصل عدم الانعقاد ، الى غير ذلك غيروجيه، اذ قد عرفت الاجوبة عنها في بعض المسائل السابقة بالمناسبة ، وكذا الحال في الصحةاذا تصالحا ان أيهما مات قبل الاخر يقوم الاخر بصلواته وصيامه وحجه ومأشبه في قبال أن يكون شيء من مال الميت للحي ، وهذا يدخل تحت الصلح، لان الصلح تحقق قبل الموت ، وليس هذا من قبيل الوصية فاذا كان المال أكثر الثلث أيضاً لم يكن للورثة نصيب فيه .

ومنه يعلم صحة ماذا صالح الزوج زوجته ان الزوج اذا ماتقبلالزوجة تكون أرضه أو عمارته للزوجة ، وهكذا اذا صالح الاب ولده الاصغر أو بنته أو زوجته أو من أشبه بأنه اذا مات فخاتمه أو سيفه أو فرسه أو مصحفه يكون لذلك المصالح معه .

(الثاني) لوسال ماء الجار الى ساحة الجار أو دخلت أغصان بستانه الى دار الجار أو ماأشبه فتداعيا الى الحاكم الشرعي ، فهل ان صاحب الماء والاغصان بحاجة الى اثبات أنه ليس بعدوان، أو ان صاحب الدار بحاجةالى اثبات أنه عدوان ؟ الظاهر الاول ، لان صاحب الدار له حق ساحته وهوائه فدخول الاغصان والماء فيهما يجب أن يكون بأذنه فهومنكر، لان يكون بغير عدوان بينما انصاحب الماء والشجر هو المدعي بأنه ليس بعدوان فهو بحاجة الى الاثبات .

ومنه يعلم وجه النظرفي قول المحقق القمي ، حيث قال عند سؤال: (اذا سال ماء سطح أحد على سطح جاره أو ساحة داره ونازعه الجار ، فهل على الجار اثبات عدوان صاحب الماء ، أو على صاحب الماء اثبات الحق؟) .

(الجواب) الظاهر ان علىالجار اثبات العدوان وصاحب الماء اذا تمسك باليد والاستمرار فلايجوز مزاحمته الا معاثبات العدوان (ومايخيل) ان ملكية سطح الجار وساحته متفق عليه بينهما ومنافع الملك تابع لرقبته ، فعلى غير المالك اثبات الاستحقاق (مدفوع) بان العين كما تصيرمورداً لليد ، فكذلك المنفعة والحق فلامنافاة بينالملك وثبوت الحق فيه للغير، ونظيره فيالمسائل الفقهية لايعد ولايحصى ، ومنها : وضع الجذوع على جدار الجار ، وهذامن الوضوح بحيث استشكلوا في جوازكونه سبباً لتحمل الشهادة أم لا ؟ فكان كونه موجباً لثبوت اليد ، وكون المنازع مدعياً محتاجاً الى الاثبات مفروغ عنه ، فقال الشهيد في أواسط القواعد : لوشاهد ماء الغير يجري على سطح آخر أو في ساحته مدة طويلة بغير منازعة ، فهل للشاهد الشهادة بالاستحقاق ؟ الظاهر لا ، صرح بذلك أولا (الى آخرماذكره) وهو نظيرماذكروه في كتاب

الشهادات.ان اليد في الملك هل يصير سبباً لتحمل الشهادة أم لا ؟ ولاريب ان اليد في الملك مما يحصل الحق لصاحب اليـد الى أن يثبت المدعي خلافـه فافهم ذلك ـ انتهى .

لكن فيه انه اذا قال: من آبائي مثلا ، كان يجري هذا الماء وصدقه صاحب الساحة احتاج صاحب الارض الى الدليل ، أما اذا قال : بل من زماني وادعى صاحب الارض الغصب أو نحو ذلك كان عليه اثبات حق له في جريان مائـه ، والفرق ان الشيء الحادث يحتاج الى الاثبات دون القديم فكلا صاحب الارض والماء ورثا حقهما من أبـويهما مثلا ، فلادليل على سبق حق أحدهما ، ولـذا قال الشهيد في محكي كلامه السابق :(مدة طويلة) فان أراد المحقق القمي المدة الطويلة التي مثّلنا لها فهو، والا فظاهـر السؤال ، حيث تقدم من قولـه : اذا سال ماء سطح أحد على سطح جاره أو سطح داره (الى آخره) ظاهر في الحادث .

وكيف كان ، فاذا حدث أحدهما بعد الاخر طوالب صاحب الحادث بالبينة وأما اذا لـم يعلم تقارنهما أو حدوث أيهما قبل الاخر فلاحق لصاحب الارض على ذاك ، وانما هنا موضع التحالف أو البينتين أو مـاأشبه من الصور الاربع المتقدمـة في بعض المسائل السابقة ، وكذلك حـال الاغصان ، فـان علمنا ان بستان الجار كان مقدماً على دار هذا الجار كان الحق للاغصان ، واذا كانت الدار متقدمة كان الحق مع صاحب الدار ، وان لم نعلم سبق أيهما أو تقارنهما مثلا فهنا لصاحب الاغصان الحق ،كما ان لصاحب الدار اقامة البينة على عدم حقه .

(الثالث) لوكانت قرى أو بسـاتين أو دور أو ماأشبه تشرب من نهر يكفي لها بدون زيـادة لم يحق لاحدهم أو لغيرهم الاستفادة من النهر بمـا يوجب

النقص عليهم لسبق حقهم ، نعم اذاكان النهر يرفد مثلا في وقت دون وقت بما اذاكان رافداً امكن استفـادة تلك القرى والبساتين والدور منه ويزيد المـاء عليهم ، فانه يحق لبعضهـم أو لغيرهم الاستفادة من ذلك الزائد لانه زائد لـم يسبق اليـه أحد ، أمـا في وقت الكفاية فلا يحق لاحدهم أو للغير الاستفادة ، وقد أفتى بـاول الفرعين المحقق القمي ، وكذلك الحال اذا بنيت الرحيـات والمعامل وما أشبه على نهر يكفي لادارتهـا ، فانه لايحق لاحدهم الزيادة في المعمل ونحوه بما يوجب النقص على زملائه ،كمـا لايحق للاجنبي ان يعمل مثل ذلك، واذاباع أهل القرية قريتهم أوأهل البستان أوالدار بستانهم ودارهم انتقل حق الماء، سواء للشرب ونحوه أو بادارة المعمل ونحوه الى المشترين.

(الـرابع) لوكان حصار لانسان فيه بيوت وحدائق وانهر ثم بـاع ذلك الانسان بيتاً منها أو صـالح أو وهب أو مـاأشبه ، فالظاهران المرافق في ذلك الحصار تنتقل الى المشتري بالنسبة لابالتساوي مع مشتر آخر اذاكان اختلاف بين المبيعين ، مثلا : اذاكانت الـدار لزيد المشتري ذات ألف ذراع يسكنهـا حسب العادة عشرة أشخاص، واخرى اشتراها عمرو ذات خمسة آلاف ذراع يسكنهـا حسب العادة خمسون انقسمت الحدائق والانهر والسكك ومـاأشبه لصاحب الالف بقدر خمس صاحب خمسة آلاف وهكذا ، ومثل ذلك يجري في القرى المتعددة التي تنتفع من ساحة أو غابة أو نهر أو بحيرة أو ماأشبه .

نعم لوكانت القرى أوالبيوت في الحصار متساوية ولو تسامحا بمالايرى العرف الفرق بينها، وان كانت بعض الفروق الواقعية بينها، فان مقتضى القاعدة الانتقال بـالتساوي ، وقد ألمع الى شبه هذه المسـألة المحقق القمي ، ثم هل العبرة بالفعلية أو الشأنية باستحقاق المرافق مثلا داران كل واحدة ألف ذراع ، لكن

في أحديهما خمس غرف يسكنها حسب العادة عشرة اشخاص ، وفي الاخرى غرفتان يسكنهما أربعة أشخاص، فهل العبرة بالالف حتى يتساويان أو بالغرف حتى يختلفان ؟ احتمالان ، من الفعلية ، ومن ان صاحب الغرفتين يبني فيها حسب العادة المتعارفة ثلاثا اخرفهما متساويان في المرافق من الان، والظاهر ان العرف يرون التساوي لاالاختلاف لانهم لايرون العبرة بالفعلية، وانما بالشأنية ولذا نرى العرف يحسبون في سعة الشوارع ، وعدد المصابيح الكهربائية وسمك انابيب الماء وصنع المطارات والمحطات والكراجات وماأشبه الشأنية لاالفعلية ، فاذاكان احتياج البلد في الحال الحاضر الى شارع عرضه عشرة اذرع ، أما الى عشرين سنة بعد ذلك فيزيد عدد أهل البلد الى مايحتاج في شارعه الى خمسين ذراعاً مثلا يجعلون الشارع على خمسين ذراعاً، لاعلى عشرة الى غير ذلك من الامثلة .

نعم لوشك في استحقاق التساوي أو التفاوت كان مقتضى القاعدة اجراء قاعدة العدل مما تكون النتيجة النسبة والتفاوت على تأمل .

(الخامس) الظاهر صحة الوقف بحيث يوجب الوقف تعطيل وقف سابق، كمااذاوقف مسجداً كبيراً يرتاده المصلون يسبب تعطيل المسجد السابق لضيقه أوكونه في مكان ناء أو ما أشبه ذلك كما أفتى به المحقق القمي في شبه المسألة، واذا تعطل الوقف السابق عمل به مثل ما يعمل بكل وقف متعطل لافائدة فيه، ومثله مالو باع قريته للكفار حيث يتعطل مسجده تلقائياً، الى غير ذلك، وليس الحكم خاصاً بالمسجد ، بل وكذلك الحسينية والمدرسة والاوقاف الخاصة للبطون ، الى غير ذلك، لوحدة الملاك في الجميع ، ثم انه اذا تعدى الوقف على الجار، كما اذاكان بستان موقوفة فسبب أغصان الاشجار تصدع دار الجار

فانكان المتولى من حاكم أو غيره سبباً ممـا يسند التصديع اليه يكون ضامناً لقاعدة من أتلف مال الغير وغيرها ، أمـا اذا لم يكن المتولى سبباً ، فاذاكان للموقوفة وارد لم يستبعد أن يكون الضمان على الوارد ،كما اذا سبب أشجار المسجد تصدع دارالجار حيثكان له موقوفة، فان المتوالى يعطي من الموقوفة حيث ان مثل ذلك من شئون الوقف اذاكانت الموقوفة بحيث يشمل مثل هذه الامور ، والافهل يعطى من بيت المال لانه من مصالح المسلمين ، أو لايعطي وليس لذلك الانسانشيء ، فهوكما اذاتعدت الرياح علىحائط الانسان فصدعته أو اسقطته، وكذلك فيمااذا لم يكن للمسجدموقوفة مثلا، حيث يحتمل أنيكون على بيت المـال ، ويحتمل أن يكون هدرا ، احتمـالان ، وعدمكونه من بيت المال أقرب .

(السادس) : لوكان لدار معبران فباع مالكالدار الدار باستثناء غرفة قريبة من أحد المعبرين أو وهب أو صالح أو ما أشبه ذلك ، وكان يتردد الـى غرفته من كلا المعبرين بعد البيع ، ثـم باع الغرفة الثانية أو وهب أو صالح أو مـا أشبه ، فهل للمشتري الثاني ان يمر منالمعبر البعيد ،كما كان يعبر منه المالك أم لا ؟ الظاهر العدم ، لان البيع الاول كان بالمرافق والتي من جملتها المعبران باستثناء قدر معبر للغرفة الثانية منالباب القريب اليها، فان المرفق للغرفةالثانية هو المعبر مـن الباب القريب لاالباب البعيد ، ومسامحة المشتري الاول فـي مرور صاحب الدار من المعبر البعيد لم يكن لاجل حق له فـي المعبر ، ولذا يكون للمشتري الاول ان يمنع صاحب الدار من العبور ، فـانكل مبيع انما يباع معمرافقه والمعبرانمنالمرافق للدارباستثناء غرفةكماان المعبرالقريبمن مرافق الغرفة القريبة من ذلك المعبر ، وقد أشار الى ذلك المحقق القمي ، ثم

أشار الى انه لايلزم أن يكون مرافق الكل مرافق الجزء أيضاً، ولذا اذا باع البئر في الدار لم يكن من مرافق البئر مطرح الثلج، ومحل النفايات خارج الدار، وهو كما ذكره ،كما انه لو باع السرداب مثلا لم يكن مطرح الثلج من مرافقه، وان كان محل النفايات من مرافقه ، لان السرداب غير مرتبط بالسطح المرتبط بمطرح الثلج بينما السرداب يكنس فيحتاج الى محل النفايات .

نعم اذا كان كلا المعبرين يعدان عرفاً من مرافق الغرفة كان لصاحبها الحق فيهما ومنه يعلم اشباه هذه المسئلة .

(السابع) تصرفات انسان في ملك انسان آخر بالعبور ونصب الميزاب واجزاء الماء وطرح التراب أو الثلج أو ما أشبه على أربعة أقسام : فقد يسبق الملك على هذه الامور ، وقد يسبق هذه الامور على الملك ، وقد يتقارنان ، وقد لايعلم السابق ففيما اذا سبق أحدهما يكون الحق له وفيما اذا تقارنا يكون الحق للذي له العبور ونصب الميزاب وما أشبه ، لانه لاأولوية لصاحب الملك على هذه الامور بعد تقارنهما في المباح مثلا ، أما اذا لم يعلم السابق منهما فمقتضى القاعدة حق صاحب العبور ، لان كلا منهما ذو يد الا ان يقيم المالك البينة ، وقد أفتى بذلك في الجملة المحقق القمي كما تقدم نظيره في بعض المسائل السابقة .

(الثامن) اذا كان لانسان غرفة على غرفة انسان آخر ، أو على سردابه ، أو على دكانه أو ما أشبه ، فانهدمت الغرفة مما سببت هدم السرداب ونحوه ، فالظاهر انه لايضمن اذا لم يكن مقصراً كما ألمع اليه المحقق القمي، اذ الاصل عدم الضمان ، ولادليل على الضمان مع عدم التقصير ، وقد ذكرنا مثل هذه المسألة في [كتاب الديات] في باب سقوط الميزاب ، أو الجدار على رأس

انسان ، أو على شيء مما سبب تلفه .

نعم اذا كان مقصراً كان مقتضى القاعدة الضمان ، وذلك لانه السبب مع التقصير ، بخلاف ما اذا لم يكن مقصراً ، ومما يؤيد ذلك (لانه شبيه به) مسألة ما اذا عقر كلب انسان انساناً آخر ، حيث ورد انه اذا دعى ذلك الانسان كان ضامناً ، وأما اذا لم يدعه لم يكن ضامناً ، وكذلك اذا سقط في بئره ، الى غير ذلك مما فصلناه هناك .

(التاسع) اذا كان العقد مرفوعاً لم يحق لبعض الجيران أن يطرح قمامته في محل غير معد للقمامة مما يكون مشتركاً بين أهل العقد بدون رضاهم ، لانه من التصرف في الحق المشترك ، وقد تقدم الكلام في بعض شئونا لعقد المرفوعة ، أما اذا تعارف أن يطرح كل واحد منهم قمامته أمام داره ، أو في سائر مواضع العقد ، فلا حق لبعضهم في منع بعض بينما الكل يستفيدون من طرح القمامة في مثل هذا العقد ، فهو كالملك المشترك الذي الكل يتصرفون فيه على حد سواء ، حيث لايحق لاحدهم منع آخر ، كما ان الحال كذلك بالنسبة الى طرح الثلج في أيام الشتاء في العقود كما هو متعارف الان في البلاد التي ينزل فيها الثلج ، وكذلك الحال في طرح مياه الدار في العقد ، والى بعض ذلك أشار المحقق القمي ، ولايلزم من حق التصرف أن يكون الجميع يتصرفون في كل يوم ، وانما اذا تصرف الجميع حسب الاحتياج كان للجميع أن يتصرفوا كذلك كما في مثل البناء ، حيث يتصرف كل واحد في العقد عند بنائه داره أو ترميمه اياها بجعل وسائط البناء في العقد حسب المتعارف أما الخارج عن المتعارف فلا يحق لاحد منهم ان يعمل الا بأذن سائر الشركاء اما العقد غير المرفوعة فالمعيار حرمة ما كان منافياً لطريق المسلمين أو أذية

لهم وما عدا ذلك فهو حق الجميع ، وقد ذكرنا في [كتاب احياء الموات] كما ألمعنا هنا أيضاً الى ان الأذية المتعارفة لا بأس بها كطرح الثلج مثلا أو الكنس الموجب لتأذي المارة بالغبار ، الى غير ذلك من الامثلة .

(العاشر) لو تقوت عمارة الانسان بعمارة الجار بما اذا لم تكن عمارة الجار لم يتمكن من بناء طابق أو رفع حائط أو ما أشبه لم يكن به بأس ، لا لان عمارة الجار أيضاً تتقوى بعمارة الانسان ، فيكون من التهاتر القهري ، اذ لايلزم ذلك دائماً ، كما اذا كانت عمارة الجار من الاسمنت المسلح وعمارته من الطين ، بل لان ذلك لايعد حقا عرفاً حتى يكون للجار حق على صاحب العمارة الطينية فيمنعه عن بناء طابق فوق طابقه ، أو ترفيع حائط أو ما أشبه ، كما ان تحفظ عمارة الانسان بسبب عمارة الجار عن الهواء ونحوها لايسبب حقاً للجار على الانسان ، كما اذا كانت عمارته واهية بحيث لولا عمارة الجار لعصف بها الارياح ، أما عمارة الجار فلقوتها تقف صداً دون العصف بعمارته ، وكذلك اذا كان عمارة الجار في مسير السيل بحيث لولاها لاودى السيل بعمارته الى غير ذلك من الامثلة .

ومنه يعلم الحال فيما اذا ضعفت عمارة الجار بسبب هدم الجار داره ، كما يعلم وجه عدم الاشكال في ضعف المعنويات أو قوة المعنويات لدار الانسان بسبب دار جاره ، كما اذا صارت دار الجار محلا للامن ، حيث تقوى المعنويات أو صارت محلا خطراً حيث تضعف المعنويات .

(الحادي عشر) لو صالحه عن شيء بمائة دينار مثلا ، فصار عند التسليم الدينار على الضعف أو على النصف للتضخّم أو التنزل ، فان كان المقصود المنصب عليه العقد الحجم لم يضر في ذلك أي منهما ، وان كان المقصود القوة

الشرائية، فالظاهر لزوم اعطاء ماقيمتهبقدر مائة في القوة الشرائية فيعطيه مائتين أو خمسين ، كما قد سبق أمثلة لذلك في مختلف أبواب [الفقه] وفصلنا بعض التفصيل لذلك في [كتاب الاقتصاد] و [كتاب الغصب] وكذلك الحال فيما اذا لم تكن المصالحة بالنقد، وانما بالشاة والكتاب والدار ونحوها، اذ لايختلف الحكم بين الامور المذكورة في وحدة الملاك في الجميع .

(الثاني عشر) أشكل المحقق القمي فيما اذا أعطى الانسان مالا لولده مثلا مصالحة ليؤدى عنه الصلاة أو الصيام أو الحج أو ماأشبه بعد موته ، نعم لم يشكل فيما اذا قال : صالحت معك هذا المال بمبلغ كذا ، وشرطت عليك ان اذا مت قبلك ان تقضي عني كذا صلاة أو صوماً، وفيه : انه لا وجه للاشكال، فان المعطي يعطي مالا والاخذ يعطيه عملا مستقبلا، وتقع المصالحة بين الامرين، فهو كما اذا أعطاه ديناراً صلحا ليخيط له الثوب في المستقبل، واذا مات الولد أو الخياط مثلا قبل الاب والمستأجر، فان كان الشخص مقصوداً على نحو التقييد بطل، وان كان على نحو الشرط كان له الابقاء، ويؤخذ من مالهما بقدر الاجرة، كما ان له الفسخ ، وحيث قد عرفت في المسائل السابقة ان الصلح أصل فلا حاجة الى توفر سائر الشروط المقررة للاجارة والبيع وماأشبه فيه .

وكيف كان ، فيشمل مثل هذه المصالحة أدلة الصلح ، ومنه يعلم صحّة الصلح مع انسان على أن يؤدى دينه بعد وفاته اذا لم يستلزم الغرر ، وكذلك الصلح على أن يجهزه، الى غير ذلك من الامور، ويصح لمعلم الحج أن يصالح مع الحجاج على أن يحج بهم بمبالغ كذا فيأخذ منهم مبلغاً خاصاً ليكون قيماً لشئونهم ومصارفهم .

(الثالث عشر) لو ادعى على انسان الصلح وأنكر ، لكنه لم يتمكن من

اثبات انكاره لشهود ونحوها على صحة الصلح، حق له اذا كان محقاً في انكاره أن يبطل الصلح بوجه آخر كخيار الشرط والغبن والعيب وماشبه ،كما انه يحق له التقاص اذا كان من مورده ، وقد أشار الى ذلك المحقق القمي: واذا صالح لكن الطرف ينكر الصلح حق له ترتيب آثار الصلح مثلا صالح عن كتابه بقلم فأنكر صاحب القلم الصلح، فانه يجوز له أن يأخذ الكتاب تقاصاً، واذا كانت قيمة الكتاب أقل من قيمة القلم حق له أخذ التفاوت أيضاً من ماله من باب التقاص .

والحاصل : انّه يرتب أثر الواقع في كلا الفرعين ، نعم اذا كان هنالك مانع عن ترتيب الاثر كالحلف الذي يذهب بالحق على ماقرر في كتاب القضاء لم يتمكن من ترتيب آثار الواقع فذلك لدليل ثانوي .

(الرابع عشر) لو رأى الانسان ورقة صلح أو غيره شهد عليها جملة من الشهود العوام أو العلماء ، ولا يعلم هل ان العوام عدول أو لا ؟ وهل ان العلماء الذين هم عدول شهدوا شهادة فرع أو شهادة أصل ؟ أو علم ان العلماء شهدوا شهادة فرع ، لكنه لا يعلم عدالة شهود الاصل ، فان كان هناك مدع للبطلان لزم التحقيق حول الامر ، والا حمل على ان الشهود عدول لاصل الصحة ، وان شهادة العلماء شهادة أصل لا شهادة فرع ، لان شهادة الفرع خلاف الاصل ، بل يمكن ادعاء السيرة على ماذكرناه في الاوراق القديمة التي لايعرف الحال فيها ، وان كانت المسألة بعد بحاجة الى نوع من التأمل، وقد أشار اليها المحقق القمي وأفتى بخلاف ماذكرناه .

(الخامس عشر) لو صالح عن دار مثلا لها أربع غرف بمقدار أربعة دنانير ، ثم لما تسلم الدار رأى ان في الدار ثلاث غرف لا أربع ، فالظاهر

ان له خيار تبعض الصفقة ، كما ان له أن يأخذ الثلاث غرف بمقدارها من المال مثلا اذا كانت كل غرفة في قبال دينار كان له ان يعطي ثلاثة دنانير في قبال الثلاث الغرف .

وكذلك الحال بالنسبة الى الزمان ، فاذا صالح عن سكنى دار لمدة خمس سنوات بخمسة دنانير ، ثم ان الدار انهدمت في السنة الخامسة فله أن يسترجع ديناراً من الدنانير الخمسة ، كما ان له ان يبطل الصلح لتبعض الصفقة ويكون عليه اجرة المثل .

وقد أشار الى ذلك المحقق القمي ،ونقل عن العلامة انه قال في التذكرة لو صالح على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه من المنافع المتعلقة بالاعيان صح بشرط ضبط المدة ، ولا يكون ذلك اجارة ، بل عقداً مستقلا لنفسه ،خلافاً للشافعي ، فان تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخ الصلح ورجع بما صالح عنه ، وان تلفت بعد استيفاء بعض انفسخ فيما بقى من المدة ورجع بقسط ما بقى ـ انتهى .

ثم انه لا فرق بين نقص كلا طرفي الصلح أو نقص طرف واحد ، فان كان النقص في كلا الطرفين كان لكل منهما خيار الفسخ ، وان كان النقص في طرف واحد كان للطرف الكامل خيار الفسخ .

(السادس عشر) لو صالح الانسان عن كل أمواله عند موته لزيد في قبال ان يقوم زيد بعد موته بنفقة عياله مثلا مدة عشر سنوات صح الصلح على ما تقدم في بعض الفروع السابقة ، لكن لزيد فسخ الصلح اذا اختلف ماله في حال الصلح عن ماله في حال الموت بأن تصرف في أمواله حتى لم يبق منها ما يكون كفاءاً لذلك العمل اذا كان مبنى الصلح على المقابلة بين المال

والعمل الذي يقوم به المصالح معه بعد موته .

كما انه اذا كان له مال قليل وأجرى الصلح على ذلك فأثرى ، فان للمصالح أن يبطل الصلح ، اللهم الا اذا كان الصلح بحيث ان المراد به هو المال القليل ،سواء أثرىأو لم يثر ، فانه يبقى الصلح لازماً، ويكون للمصالح معه بمقدار ذلك المال القليل ، أما الزائد فيكون لورثة الميت ، لكن لايخفى لزوم أن لا يكون الصلح غررياً .

(السابع عشر) اذا صالح الزوج زوجته عن مهرها بمقدار كذا صح ، فان طلق قبل الدخول كان لها نصف المبلغ اذا رضيا والا كان لكل واحد منهما فسخ الصلح والرجوع الى نصف المهر لتبعض الصفقة ، واذا حصل فسخ في العقد بما لا مهرانفسخ الصلح لبطلان طرف منه، وكذلك اذا تصالحا عن مهر المتعة ، ثم لم تأت الزوجة في بعض المدة بما سبب النقص في مهرها ، أو لم تأت في كل المدة بما سبب سقوط مهرها ، وهكذا الحال اذا تصالح الزوجان عن نفقة الزوجة ، ثم ان الزوجة طلقت بما لا نفقة لها كلا أو بعضاً أو نشزت .

(الثامن عشر) لوكانت قلعة فيها دور فابتاع داراً منها انسان من صاحب القلعة ، ثم ابتاع وراء القلعة داراً أو صنع داراً ، ويريد الوصل بين الدارين لم يكن لصاحب القلعة المنع عن ذلك .

نعم يصح لصاحب القلعة المنع عن ان يأتي سكان الدار الجديدة من باب الدار الواقعة في داخل القلعة ، لان مقتضى القاعدة ان المشتري للدار في القلعة انما له حق العبور والمرور من القلعة بمقدار عائلة الدار لابمقدار عائلة اخرى في دار اخرى ، نعم اذا اسكن بعض أولاده في الدار الثانية ، أوتزوج

زوجة ثانية أوما أشبه مما يعد من توابع هذا الانسان، حيث انه اذا لم تكن هذه الدار الثانية كان يسكنهم في الدار الاولى لم يكن بذلك منع ، ولا حق لمنع صاحب القلعة من عبور ومرور اولئك التوابع الساكنين في الدار الثانية من باب الدار الاولى في معابر القلعة، وقد أشار الى ذلك المحقق القمي كما سبق مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة .

(التاسع عشر) لو كان لانسان دار وحديقة باب تلك الحديقة من هذه الدار حيث لاباب آخر لها لانها محفوفة بدور الجيران فباع هذا الانسان داره دون حديقته وسكن الحديقة بقي حقه في العبور من الدار، لكن ذلك اذا كان المشتري ملتفتاً الى هذا الشيء، وان لم يكن ملتفتاً كان له حق الفسخ، لان مثل هذه الدار تعد في العرف ناقصة، حيث ان فيها المعبر، وقد أشار الى ذلك المحقق القمي الا انه أطلق حق عبور صاحب الدار السابق من الدار مع ان مقتضى القاعدة ماذكرناه من التقييد، ولو اختلفا في ان المشتري هل كان ملتفتاً الى هذا الشيء أم لا ؟ كان الاصل مع المشتري المدعي لعدم الالتفات، منتهى الامر ان للبائع اذا لم يكن له بينة حق الحلف عليه حسب موازين الدعوى ، وكذلك اذا اختلفا بأن قال المشتري : لم أكن أعلم انك سكنت الحديقة ، وتمر كل يوم من الدار ، وانما ظننت ان الحديقة للثمار ، وانما انت تدخلها وتخرجها بين حين وآخر ، كما يدخل الانسان بستانه أحياناً ، لا انه يسكنه دائماً ، فان الحق مع المشتري مع حلفه .

(العشرون) تصح مصالحات متعددة بصيغة أو بصيغ ، كما اذا ورث أربعة أولاد من أبيهم أربع دور لايعلمون قيمها الا انها متقاربة مثلا بالقيمة ، فيقول أحدهم مع رضا الاخرين: صالحنا على ان تكون الدار الشرقية لزيد والغربية

لعمرو والجنوبية لبكر والشمالية لخالد ، فيقولون : قبلنا ، فانه تصح الصلح بين الجميع وينتقل حق كل واحد في دار الاخر الى الاخر في قبال انتقال حق الاخر اليه ، بل وكذا يصح الصلح اذا كان معهم زوجة والزوجة لاترث من الارض ، ولامن عين العمارة ، فاذاكانت لزيد دور خمسة فيصالحون على ان تكون تلك الدور كل واحدة منها لاحد الورثة الخمسة الزوجة والاولاد الاربعة ، الى غير ذلك من الامثلة ، وصورة تعدد عقد الصلح بينهم واضحة فلاحاجة الى ذكرها ، وكذلك الحال اذاكان في أملاك الاب الحبوة كالخاتم والمصحف والسيف وما أشبه فيوزعون أموال الاب أربعة أقسام، ويجرون صيغة الصلح بين الاولاد الاربعة أو مع الزوجة ايضاً حتى يكون مثلا نصيب الزوجة أو بعض البنات أو بعض الاولاد الصغار من الحبوة شيئاً ايضاً ، ولا فرق في كل ذلك بين أن يعلموا حق كل واحد منهم ، مثل أن يكون للذكر مثل حظ الانثيين، أو ان الزوجة ترث الثمن مثلا ، أو ان لا يعلموا اذا رضوا بذلك ولم يكن من الغرر ، اذلاحاجة الى العلم بخصوصيات حق الانسان في صحة الصلح على ماتقدم من السعة في الصلح مما ليست في غيرها من المعاملات .

(الواحد والعشرون) اذا كان في يد انسان دار يعلم بأنها ليست ملكاًلابائه، وانماكانوا يتصرفون فيها فلهاستصحاب حق التصرف اذ تصرفهم بمقتضى أصل الصحة يكشف عن حقهم في السكنى،وعليه يصح بيع سكناها لغيره كما يصح صلحه، والمسألة مع انها على القاعدة فيها روايةخاصة رواها الشيخ بسنده الى اسحاق ابن عمار، عن عبد صالح عليه السلام ، عن رجل لم يزل في يده وفي يد آبائه دار ، وقد علم انها ليست لهم ، ولايظن مجيء صاحبها ؟ قال عليه السلام : ما أحب أن يبيع

ماليس له، ويجوز أن يبيع سكناه،(١) وقول بعضهم ان هذه الرواية مخالفةللاصل من وجهين :

الأول : تضمنها بيع السكنى وهو منفعة والبيع انما شرع لنقل الأعيان لالنقل المنافع .

الثاني: ان المتصرف فيها اعترف انهاليست له، فكيف صح له التصرف فيها ببيع السكنى؟ فيه مالايخفى، اذ قد ذكرنا في [كتاب البيع] انبيعالمنفعة أيضاً صحيح ،كما ان المتصرف وان اعترف انّها ليست له ملكاً ، لكن ان مقتضى الاستصحاب صحة السكنى ، وان السكنى له حسب الارث (لان ما تركه الميت من حق فلوارثه) فيصح له البيع أو الصلح أو الهبة أو ماأشبه .

(الثاني والعشرون) لايلزم في الصلح العلم بأن الحق لاحدهما ، بل يصح الصلح حتى مع العلم بأن الحق ليس لاحدهما، كما اذا مات انسان وورثه انسان، لكن ذلك الانسان الوارث اشتبه بين نفرين لايعلم ان زيداً ولد الميّت ، أو عمرواً، فان الارث يوزع بينهما على التنصيف حسب قاعدة العدل، وعليه وان لم يكن في الواقع المال الا لاحدهما الا انه حيث كان الظاهر انه لهما يصح صلحهما، كما اذا ورثا دارين مختلفتين في الخصوصيات والقيمة مثلا فيتصالحان على أن تكون احدى الدارين لهذا ، واحدي الدارين لذلك ، وكذلك فيما أشبه من موارد قاعدة العدل .

(الثالث والعشرون) لو طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً، ثم تصالحا على أن يكون المهر ونفقة العدة أوأحدهما أو بعضاً منهما أو من أحدهما أو شيء آخر للزوج في قبال عدم الرجوع، فالظاهر صحة الصلح المذكور كما ألمع اليه المحقق القمي لشمول أدلة الصلح له ، والظاهر ان العقد يقتضي الوضع

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٥٠ ح ٥ الباب ١ من كتاب التجارة .

كالشرط فلايتمكن من الرجوع ، وقد كان الوالد (رحمه الله) يفتي بأنه اذا شرطت المرأة على الرجل أن لايتزوج عليها ، فمقتضى الشرط انه اذا تزوّج عليها بطل الزواج ، فان العرف يفهمون من (أوفوا بالعقود)(١) و (المؤمنون عند شروطهم)(٢) انهم لايتمكنون أن يبارحوهما ، نعم اذا شرط أو عقد أن لايكون له رجوع حكماً شرعياً بطل، لان الحكم الشرعي ليس بيد الانسان، ودليل الشرط والعقد ليس مشرعاً، كما فصل ذلك الشيخ المرتضى (رحمه الله) في المكاسب.

ومنه يعرف حال ماإذا جعلت عدم الرجوع شرطاً في ضمن عقد لازم آخر، وهكذا حال المختلعة اذا صالح الزوج معها على أن لاترجع في البذل، ومنه يعلم الحال فيما اذا تصالح الجانبان على أن لايكون لمن له الخيار (أي خيار كان) أن يأخذ بخياره، أو صالح الرجل المرأة على أن لايكون لها حق القسم، أو حق الدخول في كل أربعة أشهر مرة أو ماأشبه ذلك ، مما لايكون محلّلا للحرام، أو محرماً للحلال ، أو منافياً لمقتضى العقد ، فان منافي مقتضى العقد، كما لايصح في داخله كذلك لايصح بشرط ، أو عقد خارج كصلح أن لاتكون الزوجة محرماً للزوج ، أو أن لايكون المملوك ملكاً للمالك أو ماأشبه ذلك ، وتفصيل الكلام في باب الشرط .

(الرابع والعشرون) اذا كان زيد وعمرو شريكين في معاملة مضاربة أو ما أشبه، وبعض أموالهما نقد، وبعضها نسيئة ، وبعضها عندهم، وبعضها عند الناس أو بعضها في هذا البلد ، وبعضها في بلد آخر الى غير ذلك من صور التفريق فتصالحا على ان يكون قسم لهذا الشريك وقسم لذلك الشريك، مثلا : الديون لهذا

---

(١) سورة المائدة : آية/١ .

(٢) الاستبصار : ج ٣ ص ٢٣٢ ح ٤ ـ التهذيب : ج ١ ص ٣١١ ح ٦٦ .

الشريك ، والأعيان والنقود للشريك الاخر ، أو مافي هذا البلد لهذا الشريك، وما في سائر البلاد للشريك الاخر ، أو ماكان من قبيل النقود لهذا الشريك ، وما كان من قبيل البضائع والاجناس للشريك الاخر، صح هذا الصلح ، لاطلاق أدلته بشرط ان لايكون غرر، والى ما ذكرناه ألمع المحقق القمي (رحمه‌الله) .

نعم شرط المحقق القمي ان لايستلزم الربا على أصله من دخول الربا في مطلق المعاملات، وليس خاصاً في البيع، أما نحن فحيث استظهرنا عدم دخول الربا في مثل الصلح على ما تقدمت الاشارة اليه فلا مانع حتى من استلزامه الربا ، ومحل تفصيل الكلام في الربا في [كتاب المكاسب] .

(الخامس والعشرون) الظاهر صحة الصلح بين نفرين بأن يؤدي هذا خمس ذاك ، وذاك خمس هذا ، أو يؤدي هذا نفقة زوجة ذاك وبالعكس ، وكذلك في الزكاة وهكذا في الامور الاخر المالية التي على الانسان ، وهكذا بالنسبة الى اختلاف ما عليهما كأن يؤدي هذا خمس ذاك ويؤدي ذاك نفقة زوجة هذا أو نفقة واجبي النفقة له ، الى غير ذلك من الأمثلة ،كما يصح الصلح على ان يؤدي هذا خمس ذاك ، ويعمل ذلك لهذا خياطة أوكتابة أو نجارة أو بناءاً أو ما أشبه .

وهكذا يصح الصلح بين نفرين على عمليهما كأن يعمل هذا نجارة بيت ذاك، ويعمل ذاك حدادة بيت هذا ، الى سائر الامثلة ، وذلك لاطلاق أدلة الصلح الشاملة لكل هذه الامور اذا لم يكن غرر .

(السادس والعشرون) هل يصح صلح وارثين لمورثين قبل موت مورثيهما بأن يتصالحا أن ما يصيبه من الارث لذاك، وان ما يصيب ذاك من الارث لهذا، أو لايصح ؟ احتمالان ، وجه الصحة اطلاق الادلة ، ووجه العدم انه ليس شيء

يملكانه الان حتى يتصالحا عليه ، لكن لايبعد الاول ، لانه مشمول للادلة بعد انالانسان يملك هذاالشيء عرفاً، فهو كالصلح علىانيكونماينتجه زيد لعمرو وما ينتجه عمرو لزيد ، واذا صح هذا صح ان يتصالح زيد مع عمرو باعطائه مثلا ألف دينار في قبال انه ما سيرثه من أبيه يكون لزيد المعطى للالف ،كل ذلك بشرط عدم الغرر وسائر الأدلة التي ذكرناها في أول [كتاب الصلح] فتأمل .

(السابع والعشرون) الظاهر صحة صلح الزوجة مع الزوج بأن تعطيه صداقها على شرط ان تكون ساكنة بالدار ومتصرفة في أموال الزوج بقدر نفقتها ما دامت هي حية بعد موت الزوج اذا لم يكن ذلك بحيث يستلزم جهالة وغرراً ينافيان مقتضى الصلح لاطلاق أدلة الصلح ، وقد ألمع الى ذلك المحقق القمي ، لكنه اشكل في مثل هذا الصلح للجهالة التي تنافي الصلح ، لكنك قد عرفت ان مقتضى القاعدة التفصيل ، وعلى فرض الصحة لو كانت النفقة أكثر من الثلث لم يضر ذلك ولم يحتج الى اجازة الورثة، لان النفقة انما لزمت للزوجة بسبب المصالحة التي هي معاملة في حالة الحياة ، وليست من قبيل الوصية التي لايمكن فيها التعدي عن الثلث ، واذا كانت المصالحة على ان تستفيد الزوجة مثلا من خاتم الزوج ، أو مصحفه أو دابته أو ما أشبه مما هي من الحبوة تقدم حقها على حق الحبوة .

نعم اذا ماتت وبقيت تلك الاعيان رجعت حبوة ، فهو مثل اجارة الانسان دابته أو خاتمه أو مصحفهمثلا اذا(قلنابصحة اجارة المصحف) مدة مديدة تشمل ما بعد موته أيضاً ، حيث ان حق الحبوة يتأخر عن حق الاجارة .

(الثامن والعشرون) لوصالح مالك معفضول عن انسان بشيء مثلاصالح

المالك داره مع بستان عمرو الفضول قبل هذا العقد ، ثم مات المالك وجاء صاحب البستان وامضى المعاملة الفضولية ، فالظاهر صحة المعاملة المذكورة، اذ لايشترط في الفضولي امضاء الاصيل في حال حياة ذلك الانسان الذي كان أصيلا حين المعاملة ، وكذلك حال البيع والاجارة والرهن وغيرها .

وعلى هذا يتوقف ارث الزوجة والولد الاكبر للحبوة ببطلان الفضولي بعدم اجازة المالك الاصيل واجازته ، فربما توجب الاجازة الارث دون الرد وربما يكون العكس ، مثلا اذا كان في طرف الميت الاصيل الارض ، وفي طرف الفضول المال فان أجيز العقد ورثه الزوجة، لان الزوجة ترث من المال وان لم يجز العقد لم ترث الزوجة، لان الزوجة لاترث من الارض .

ومنه يعرف حكم العكس وحكم الحبوة في الجانبين ، والى شبه هذه المسألة أشار المحقق القمي فيما اذا صالح الاب مالا مع ولديه وكان أحد الولدين حاضراً وكان الاخر غائباً فقبل الحاضر عن نفسه اصالة ، وعن الاخر فضولة .

(التاسع والعشرون) لوصالح انسان ماله مع مال انسان آخر مثلا وبعد انتهاء الصلح ادعي المصالح ان المال لم يكن له ، وانما هو غصب مثلا لم يقبل كلامه في غصبية المال، لان مقتضى اصالة الصحة ان الصلح وقع في موقعه، وقد ذكرنا مثل هذه المسألة في مختلف الابواب ، كما اذا زوجت المرأة نفسها ثم ادعت انها كانت مزوجة لانسان آخر ، أو باع انسان شيئاً ثم ادعى انه مغصوب أو ما أشبه ذلك ، فان الاقرار في حق النفس انما يتم قبل العقد ، أما بعد العقد فهو اقرار في حق الغير ، فلا يشمله اقرار العقلاء على انفسهم جائز[1] ، وقد فصلنا بعض

(١) الوسائل : ج ١٦ ص ١١١ ح ٢ .

الكلام في ذلك في [كتاب الاقرار] وأشار الى شبه هذه المسألة المحقق القمي رحمه الله .

نعم لو صدقه طرف الصلح على انه مال الغير بطل الصلح الا اذا كان الصلح كلياً ، وكان الاعطاء من باب المصداق ، لوضوح ان بطلان المصداق لايوجب بطلان الكلي، وهكذا اذا اجاز المالك .

ومنه يعلم حال ما اذا صالح ثم ادعى انه كان عند المصالحة غير بالغ أو غير عاقل أو كان محجوراً أو ما أشبه مما جامعه بطلان الصلح ، فانه لايقبل كلامه في ذلك .

(الثلاثون) اذا صالح صلحاً وبعد الصلح ادعى الغبن أو العيب أو خيار الشرط أو تبعض الصفقة أو ما أشبه مما يعطي له حق الابطال كان عليه الاثبات فان أقام البينة فهو والا كان له الحق في احلاف المنكر ، واذا كان الطرف قد مات ووارثه يدعي انه لايعلم حق له ان يحلف على عدم العلم، نعم للمصالح اذا كان مغبوناً واقعاً أو ما أشبه ان يبطل الصلح ويعمل كما لو لم يكن صلح .

(الواحد والثلاثون) لو كان مسيل مياه المطر من أرض زيد في أرض عمرو لم يحق لعمرو قطع الطريق على المسيل لما سبق من بقاء الحق القديم ، واذا عمّر عمرو أرضه وجرى الماء على الساحة المعمورة وسبب خراب الاجر ونحوه لم يكن على زيد بأس ،كما لم يكن لعمرو ان يحتج بأنه ضرر عليه، لان الضرر هو الذي أوجده على نفسه بتعمير المسيل الذي هو حق الغير، فهو كما اذا فرش انسان فراشه في الشارع العام، حيث يحق للناس العبور عليه، ولا حق له في منعهم بحجة انه ضرر عليه ، وهل لعمرو ان يحصر المسيل في انبوب ونحوه بحيث لم يمنع السيل، ولايسبب السيل ضرره اذا لم يرض زيد بالانبوب

احتمالان من انه تصرف في حق زيد بدون رضاه ، ومن ان حقه في جريان مائه فلايهم أن يكون الجريان بأية كيفية ، لكن الاول هو مقتضى القاعدة اذا الثاني كمن يريد جعل نهر غيره في انبوب ليتصرف في بقية النهر، ومن ذلك يعرف ان عمرو لايحق له أن يغير مجرى السيل من خلف داره التي يريد تعميرها حتى لايجري السيل من داره بعد التعمير .

نعم اذا أراد عمرو تغيير مجرى السيل من قبل أرض زيد حتى لايجرى السيل في أرض زيد ، ويجرى منه الى أرض عمرو ولم يكن لزيد حق في هذا السيل حق لعمرو ذلك ، حيث ليس حق لزيد في المسيل وقد أشار الى بعض ما ذكرناه المحقق القمي .

(الاثنان والثلاثون) لو أن عرق شجر الجار جاء من تحت بستان أو أرض الجار ونبت منه شجرة فالظاهر ان الشجرة مشتركة بين صاحب الارض وصاحب العرق ، لان الشجرة لاتكون الا من الماء والارض ، والاصل كما ذكرناه في [كتاب الغصب] الاشتراك ، فقول المحقق القمي بأن الشجرة لصاحب العرق محل نظر ، ثم ان صاحب الارض له الحق في ان يقول لصاحب العرق: اقطع الشجرة والعرق ، كما انه ان لم يفعل ذلك أو لم يتمكن منه كان له الحق في مراجعة الحاكم الشرعي لانه ولي القاصر والممتنع ، وقد تقدم مثل هذه المسألة في انه لاحق لصاحب الارض أن يقطع هو بنفسه الا اذا لم يكن ملجيء الا ذلك، وحيث ان المال مشترك على ما عرفت، فهو كسائر الاموال المشتركة حيث لايحق لاحد الشريكين التصرف الا بأذن الشريك الاخر ولو تعاسرا ، فالمرجع الحاكم الشرعي ، وحيث تقدم تفصيل في مثل ذلك لا داعي الى تكراره .

(الثالث والثلاثون) لو كان نهر أو بئر أو ما أشبه من الماء مشتركاً بين الوقف وبين انسان ، ثم غاب ذلك الانسان بما لايتمكن من وصول اليد اليه أو مات وخلف صغاراً واهل القرية اعتادوا ان يستعملوا ذلك الماء لاجل حاجاتهم حيث انه بعضه وقف عام وبعضه كان مأذوناً من قبل مالكه ، أو كان يبذل المالك الماء لهم في مقابل ثمن ، فان مقتضى القاعدة ان المتولي للوقف والقيم على الصغير وولي الغائب وهو الحاكم الشرعي هم الذين يتصرفون في الماء ويؤجرونه أو يبيعونه أو يعطونه للناس مجاناً، لكن يلزم ان لايضيع حق الصغير، ولاحق الغائب ، فاذا كان الميت أو الغائب قد أباح الماء لاهل القرية مثلا لم يكن معنى ذلك ان الاباحة باقية بعد موته وانتقال الحصة الى الصغار أو الى كبار غائبين لايعلم هل انهم اباحوه كمورثهم أم لا ؟ وكذلك اذا لم يعلم ان الاباحة هل كانت مطلقة شاملة لما بعد غيبة المالك أو مخصوصة .

وعلى كل حال،فالتصرف في مال الغير لايجوز الا باذنه أو اذن وليه، وقد ألمع الى شبه ذلك المحقق القمي .

(الرابع والثلاثون) لو تفايض نهر خاص أو ساقية خاصة أو انفتح الانبوب لماء انسان تأخذ الدولة العادلة منه المال في قبال الماء ، فجرى الماء الى بيوت الجيران ، فان كان تالفاً أو كالتالف فلا كلام ، أما اذا جرى في حوض انسان مثلا وكان الحوض فارغاً ، فالماء لصاحب الماء ، ولاحق لصاحب الحوض فيه وان كان في الحوض ماء لصاحب الحوض فامتزج اشتركا وصار كسائر المشتركات فان علما قدر ماء كل فهو ، وان لم يعلما تصالحا والا اجبرهما الحاكم على الصلح القهري أو نحوه ، وقد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] مسألة الصلح

القهري ، والى بعض فروع هذه المسألة أشار المحقق القمي ، ولو لم يعلم هل ان صاحب الماء أعرض عن مائه أم لا ؟ فالاصل بقائه على ملكه، واذا تعاسر صاحب الماء وصاحب الحوض في دخول صاحب الماء داره لاخذ مائه من حوضه أو اعطاء صاحب الحوض لمائه ، فالمرجع أيضاً الحاكم الشرعي ، حيث يفصل بينهما، وقد ذكرنا في بعض المباحث السابقة ان الفصل ليس بأيكال الحاكم الشرعي الثالث يقسم الماء بينهما ، لانه خلاف سلطنة كليهما ، فان مقتضى القاعدة مراعاة سلطنتهما معاً وحتى لو أضطر الى الغاء سلطنة أحدهما فانه مقدم على الغاء سلطنة كليهما بتخويل الثالث للفصل ، ولو اختلفا في ان كل واحد منهما يقول ان له الاكثر ، فاذا كانت هنالك بينة أو يمين فهو ، والافان كانت بينتان أو تحالفا أجريت قاعدة العدل، وقد ذكرنا في بعض مباحث[الفقه] ان المائين لو كانا مختلفين بأن كان أحدهما حلواً قيمته دينار والاخر مراً أو مالحاً قيمته نصف دينار مثلا كان مقتضى القاعدة التقسيم بينهما حسب القيمة لاحسب الحجم أو يتراضيان على التقسيم حسب الحجم ويعطي صاحب الماء المالح أو المر التفاوت لصاحب الماء العذب، ومنه يعرف حال اختلاف المائين في سائر الخصوصيات .

(الخامس والثلاثون) لو تنازعا على دار كان عمرو جالساً فيها وزيد يدعيها بحيث لم يكن لـزيد البينة فقيل بـالصلح مع عمرو على أن يعطيه عمرو شيئاً ويرفع يده عن الدعوى فأعطاه عمرو المال ، ثم ان زيداً حصل على البينة ، فانه لاحق له في الدعوى بعد الصلح المذكور ، ولو ادعى لم يسمع الحاكم الشرعي دعواه ، لان حقه قد سقط بالصلح، نعم اذا مات فلورثته حق الدعوى ان كان عمرو صالح مع المورث على سقوط حق دعواه ، ومن الـواضح ان

حق دعوى الوارث غيرحق دعوى المورث ، وأما اذا كان صلح عمرومع زيد على سقوط حقه في الدار ، فانه لاحق للوارث في الدعوى ، اذ لما سقط حق المورث عن الدار لاشيء يبقى للوارث حتى يدعى، وحتى انه اذا علم الحاكم الشرعي بأن حق زيد كان ثابتاً أو قامت البينة عنده لم يكن له ان يعطي الدار لورثة زيد بعد أن كان زيد أسقط حقه في الدار في مقابل ماأخذه من المال صلحاً ، ثم ان كان صلح المدعي في قبال سقوط حق دعواه كان له التقاص اذا علم بثبوت حقه .

(السادس والثلاثون) لوكانت له أرض يمر اليها عبر أحد الاطراف الاربعة ثم أصحاب الاطراف بنوا دوراً نحوها على أراضيهم ولم يعلم ان المعبر كان من أي الاراضي ، فان مقتضى القاعدة ان الحاكم الشرعي يجعل على أصحاب الدور ممراً على نحو المهايات بأن يمر مثلا الى أرضه في كل شهر من دار انسان ، أو أن يجعل الممر من أحد الدور ويأخذ ثلاثة أرباع قيمة الممر من الثلاثة الاخرين ويعطيها لمن جعل الممر من داره ، فان الجمع بين (لايتوى حق امرء مسلم)(١) بالنسبة الى الممر، وقاعدة العدل بالنسبة الى الاربعة يقتضي ذلك ، فهو مثل ان الانسان يطلب من أربعة أشخاص ديناراً وهو لايعلم انه يطلب من أيهم ، فان الحاكم الشرعي يجبرهم على أن يعطي كل واحد له ربع دينار وليس المقام كواجدي المني ، حيث ان الغسل عن المني حكم شرعي ، والشارع تسامح في حكمه ولم يعلم انه تسامح في حقوق الناس ، بل مقتضى التشديد في حقوق الناس هو قاعدة العدل التي ألمعت اليها جملة من الروايات في أبواب مختلفة .

ومنه يعلم وجه النظر في احتمالي المحقق القمي في المسألة من العمل

---

(١) العوالي : ج ١ ص ٣١٥ ح ٣٦ .

بالقرعة ، ومن العمل بعدم تكلف أحد من الاربعة بشيء لانه كالثوب المشترك في واجدي المني، حيث انه ليس شيء على أي واحد منهم عملا بأصل البرائة قال : وليس المقام من قبيل ماذا كانت ذمة انسان مشغولة بدين لاشخاص محصورين ، حيث ذكر الفقهاء انه يصالح معهم جميعاً ، وذلك لان شغل الذمة هنا ثابت ، وشغل الذمة لاحد الملاك الاربعة في مسألتنا ليس ثابتاً ، ثم قال : ولايبعد في هذه الصورة وهي صورة شغل الذمة لاشخاص محصورين أن يعطي هذا الانسان المشغول الذمة قدر مايكون مديوناً من باب مجهول المالك ، ثم قال : الاحتمال الثاني في مسألة المسير الى الارض أظهر من الاحتمال الاول الذي هو القرعة ، ولايخفى ان مقتضى قاعدة العدل في مسألة اشتغال الذمة لمحصورين هو أن يقسم المال بينهم لا الصلح معهم ، أو الاعطاء من باب مجهول المالك، وقدذكر صاحب الجواهر شبه هذه المسألة في كتاب الخمس، وقد نقلنا نحن أيضاً هناك بعض الاقوال والادلة حول وجوب العمل بقاعدة العدل في مثل من لم يعلم ان ذمته هل هي مشغولة بالخمس أو الزكاة مثلا ، الى غير ذلك من موارد الاحتمال والشبهة .

(السابع والثلاثون) قال المحقق القمي : يغتفر الجهالة في الصلح بشرط أن لايمكن استعلام الحال في وقت الصلح للتعذر أو للتعسر ، ولو لم يكن الاستعلام متعذراً أو متعسراً لم يصح الصلح ، وفيه ماتقدم من انه لا دليل على لزوم العلم بالخصوصيات ، وعدم ضرر الجهل لاطلاق أدلة الصلح ، ولادليل على الفرق الذي ذكره ، فاذا كانت ورثة لايعلمون كم حصة الذكور ، وكم حصة الاناث ، هل بالتساوي أو بالتفاوت مثلا ؟ يصح لهم أن يتصالحوا، وان كان يمكن الاستعلام ، وكذلك في سائر الامور .

نعم يلزم أن لايكون الصلح غررياً لنهي النبي ﷺ عن الغرر،[1] وقدذكرنا فيما سبق ان الغرر في الصلح ليس بشدة الغـرر في غير الصلح ، اذ يغتفر في الصلح مالايغتفر في غيره فعليه اذا كان هنالك مثلاكل بيض بفلس ، وهناك في الصندوق مئات البيوض لايعلم عـددها يصالحها بدينار فيما كان الدينار قريباً من البيوض ، أما بكثرة قليلة أو بقلة قليلة مما يقدم العرف العقلائي على مثل هـذه المصالحة ، فـان المصالحة صحيحة ، وان أمكن تعداد البيوض هـل هي ألف أو أقل أو أكثر الى غير ذلك من الامثلة ، ولو تصالحا ثم ظهر الغبن في أحدالطرفين، فهل للمغبون فسخ الصلح أو التخيير بينه وبين أخذ التفاوت ، أو ان الغابـن ، اذا أعطاه التفاوت لم يكن للمغبون فسخ الصلح والاكان لـه فسخ الصلح بدون مراجعة الحاكم واجباره على أعطاء التفاوت أو بعد المراجعة ؟ احتمالات ، وذلك لان دليل لاضرر الذي هو معيارخيار الغبن والعرفية قاضيان بأن أعطاء الغابن التفاوت لايدع مجالا للخيار ، لانه لايكون ضرر بعد ذلك ، والعرف يـرون ان المعاملة اذا صدرت بقيت الا اذا كان أحدهما مغبونـاً غبناً من غير تدارك ، أما في بـاب البيع ، حيث ان دفع التفاوت لايوجب سقوط خيار الغبن ، فقد استندوا فيـه الى الاجماع ، واستشكل المحقق القمـي في المسألة ، وأخيراً قال : ان الاحوط التصالح ، وان كان احتمل استصحاب بقاء الخيار، وان استعد الغابن لاعطاء التفاوت، الا انه قديقال بالاشكال في الاستصحاب لانه لاضررعلى المغبون من الغابن بعد أعطاء التفاوت فوجود أركان الاستصحاب من الاول محل اشكال ، لكن يمكن أن يقال ان الغبن حصل فليستصحب الخيار.

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ٣ .

ثم لايخفى انه اذا لم يكن في الاول غبن، وانما حصل الغبن لاحد الطرفين بسبب التضخم أو التنزل لم يكن خيار، كما انه لوقلنا بالخيارهنا ، بل وفي البيع ايضاً اذا كان عند المعاملة غبن، ثم ارتفع الغبن بسبب التضخم والتنزل مثلا لم يكن وجه لسقوط الخيار، وكذا اذا كان عيب ثم برء، الى غير ذلك، مثل ما اذا اختلف الوصف بما اوجب الخيار ثم صار الوصف على ما وصف .

(الثامن والثلاثون) لوتنازع زيد وعمرو على دينار مثلا وبعد وصولهما الى نتيجة من حلف أو بينة او اقرار أوما أشبه تصالحا على أن يتنازل كل واحد عن النصف فتصالحا على أن يعطي المديون للدائن نصف دينار، وهكذا انتهى الامر ثم ظهر بالبينة أو بالاقرار أو بالحلف حق أحدهما في كل الدينار ،فالمديون يجب ان يعطي النصف الاخر الى الدائن الا ان يكون الدائن قد أسقط نصف الدينار عن المديون بطيب نفسه، فانه تبرء ذمته من باب الابراء ، أو أن يكون الصلح على النصف حتى فى صورة طلب الكل بأن يكون مثل ما اذا علم الجانبان الدين ، وانما تنازل الدائن عن النصف تنازلا بالصلح لاتنازلا عن الدعوى ، وقد ألمع الى هذا المحقق القمي بدون ذكر الشق الثاني، وانما ذكر البرائة في صورة الابراء ، ومن الواضح فرق بين الابراء وبين التصالح على النصف ،كما انه فرق بينهما وبين التصالح على عدم الدعوى .

(التاسع والثلاثون) لوتصالح الزوجان على أن يكون المهر أو النفقة أو كلاهما أو بعض من أحدهما أومن كليهما أو شيء خارجي للزوج مقابل طلاق الزوجة وعدم الرجوع اليها هل يصح للزوج الرجوع ؟ وهل يصح لهما النكاح من جديد بدون أن ينافي الصلح ، واذا لم يطلق هل يجبر عليه ، وهل تحرم عليه الزوجة ؟ الظاهر عدم صحة الرجوع من الزوج لما تقدم في بعض المسائل

السابقة من ان العقد والشرط يقتضيان الوضع، خلافاً للمحقق القمي حيث قال بأنه لو رجع فعل حراماً وتكون الزوجة زوجته ، لان فعل الحرام لاينافي الزوجية ، أما النكاح لهما من جديد فلا اشكال فيه ولا يضر ذلك بالصلح، لان الصلح كان على الطلاق وعدم الرجوع ولم يحصل أي منهما ، واذا لم يطلق اجبر عليه ، لما عرفت من انه مقتضى العقد ، كما انه اذا لم يقبل الشرط في باب الشرط اجبر عليه، لكن ما دام لم يطلق لاتحرم الزوجة، عليه، لان الحرمة انما تكون بالطلاق والطلاق بيد من أخذ بالساق، فما دام لم يطلق يستمر حكم الحلية كما تستمر حكم النفقة وسائر شئون الزوجية،وقد تقدم انه اذا تصالحا بشيء من الزوجة في قبال أن لايتزوج بطل زواجه لانه مقتضى الوضع .

ثم انه اذا طلق ثم رجع وقلنا بصحة الرجوع على مبنى المحقق القمي كان لها ايضاً فسخ الصلح لخيار تبعض الصفقة ونحوه، واذا فسخت الصلح لم يكن للزوج الغاء الطلاق ، لان الطلاق لما وقع ثبت فتكون تطليقة لايمكن بعدها الا تطليقتين فيمن لم يطلق قبل ذلك .

والحاصل : ان التطليقة صحيحة وان رجعت الزوجة في الصلح ، ثم انه لومات الزوج قبل أن يطلق كان مقتضى القاعدة انفساخ المصالحة حيث تعذر أحد طرفيها، وحيث تكون المعاملة قائمة بالطرفين فاذا لم يف طرف فمقتضى القاعدة بطلان المعاملة ، واذا لم يف الزوج بالطلاق ولم يمكن جبره كان مقتضى القاعدة ان المصالحة تنفسخ تلقائياً بدون الاحتياج الى فسخ الزوجة، نعم اذا تمكن من جبره واجبره بقي الصلح .

ومما تقدم يعلم انه لوتصالح رجل وامرأة على أن تعطي المرأة للرجل شيئاً من مهر أونفقة مستقبلين على أن يزوجها فلم يتزوجها اجبر على الزواج

ان قلنا بصحة مثل هذا الصلح ، وكذا اذاكان شرطاً في عقد لازم .

ثم اذا نكح لم يكن للزوجة حق من المهر والنفقة بقدر .

ومما تقدم ظهر حال ماذا صالحت الزوجة مع الزوج ان لايطلقها في قبال مهرها أو نفقتها أو شيء منهما مثلا ، حيث يلزم الصلح ولاحق له في الطلاق ، والكلام في مسألة انه اذا لم يطلق أجبر على ما تقدم، نعم اذا لم يطلق بقيت الزوجة زوجة لها شئون الزوجية، كما ان له شئون الزوج، وكذلك اذا صالحت امرأة زوجاً على ان يطلق زوجته وينكحها في قبال عدم ارادتها المهر والنفقة منه، أوفي قبال اعطاء شيء له .

ومما تقدم يظهر وجه صلحها معه أو صلحه معها على أن لايطأها أو يطأها أكثر من القدر الواجب ، فان لها الحق في كل أربعة أشهر مرة (على ما يقوله المشهور) وان أشكلنا في المدة المذكورة في بعض مباحث [الفقه] وان لها الحظ حسب العشرة بالمعروف فلها اسقاط حقها صلحاً أوشرطاً فتأمل .

(الاربعون) ذكرنا في [كتاب الشفعة] ان الشفعة لاتجري مع المصالحة لعدم الدليل ، وانما الشفعة تجري في البيع فقط، فلو هرب البائع من البيع الى الصلح ووقعت المصالحة لم يكن للشفيع الاخذ بحق الشفعة، وان كان البائع لايعلم الفرق بين الصلح وبين البيع، بل انما أخذ العين وأعطى الثمن لانه أراد اعطائه للشفيع بالشفعة جاهلا عن ان الصلح لايحكم عليه بالشفعة، وذلك لان الجهل والعلم في المقام لامدخلية لهما في صحة الصلح ، وفي عدم حق الشفعة ، ولو لم يعلم هل وقعت المعاملة صلحاً أو بيعاً لم يكن للشفعة ايضاً مجال ، لان الشفعة انما تكون فيما اذاكان البيع ، والمفروض انهما لايعلمان البيع .

نعم اذاكان في الواقع بيع كان له حق الشفعة، والكلام في الفور والتراخي اذا عرفت بعد ذلك انه بيع لاصلح، قد ذكرناه في [كتاب الشفعة] مفصلا .

(الواحد والاربعون) اذاكان مجرى ماء زيد في بيت عمرو أوبستانه أوما أشبه فخرب المجرى بما سبب ضرر عمرو من مرور الماء، فالظاهران لعمروأن يمنع مرور الماء حتى يدفع زيد المالك للمجرى الضرر، وذلك لدليل لاضرر، واذا لم يتمكن من منع مرور الماء كان لـه مراجعة الحاكم وتعمير المجرى ، ويكون على صاحب الماء ان يؤدى مبلغ التعمير .

ومنه يعلم ، ان قول المحقق القمي: الظاهر انه لايتمكن مـن الزام زيد بتعمير المجرى ورفع الضرر ، بل اللازم على عمروأن يدفع الضرر عـن دار نفسه، غير ظاهر الوجه، نعم اذاكان الخراب في المجرى بحيث لايتمكن الماء من المرور فتوقف الماء فلا أشكال فـي انه لاشيء لعمرو ، وانما على زيدأن يعمر المجرى اذا أراد مرور الماء .

ومنه يعلم ، انه اذا تكسرت الانابيب المائية أو خربت الأسلاك الكهربائية التي لزيد في دار عمرو، فانه يجبرعلى تعميرهما اذاكانا سبباً لضرر دار عمرو، وكذلك اذاكانا سبباً لعدم تمكن عمرو من الاستفادة من داره مثلا:سبب خراب اسلاك الكهرباء تكهرب الحائط وما أشبه مما يوجب ان لايتمكن عمرو مـن الاتكاء على الحائط، أووضع اليد عليه أوماأشبه،لان دليل سلطنة الناس يوجب الزام صاحب الاسلاك بالتعمير .

(الثاني والأربعون) لوصالح زيد من داره مثلا مع عمرو، ثم رأينا ان زيداً يبيع الدار، ولا نعلم هل ان بيعها غصب أو وكالة أو لانه فسخ الصلح ، حيث كان له الفسخ، فالظاهر حمل فعله على الصحيح ، نعـم لوحصل تنازع بينهما

كان الاصل مع عمرو الا ان يثبت زيد صحة البيع،وكذا اذا باع زيد داره من عمرو ثم رأيناه يبيع الدار .

ومما تقدم يعلم انه لوباعها كلا زيد وعمرو قدم بيع عمروالا ان يقيم زيد الدليل على بطلان بيع عمرو وصحة بيع نفسه ، ومثل البيع اذا صالح الدار زيدمرة ثانية مع انسان آخر أو رهن أووهب أووصي بها أووقفها أوماأشبه ذلك من سائر التصرفات ، وكذلك حال المتصرفين المتعارضين ، مثلا : باع زيد الدار ووهب عمرو اياها أو ماأشبه ذلك، وقد أشار الى بعض ما ذكرناه هنا المحقق القمي .

ومن ذلك يعرف انه لوصالح زيد أمواله لاولاده الكبار مثلا ، ثم رأيناه انه صالح مرة ثانية أمواله لاولاده الكباروالصغار معاً كان مقتضى القاعدة صحة الصلح الثاني حملا لفعله على الصحيح لاحتمال انه جعل لنفسه الفسخ وفسخ أو انه فسخ الصلح بخيار وماأشبه، نعم اذا ادعى الاولاد الكبار عدم صحة الصلح الثاني كان عليه اقامة الدليل، لان الصلح معاملة لازمة، فعلى مدعى بطلانها في صورة التنازع اقامة الدليل على ذلك .

(الثالث والاربعون): الظاهر صحة الصلح مع الحمل، سواء في ضمن آخرين أووحده، وسواء كان المصالح أباً أوجداً أو غيرهما مع قبول الاب والجد أو نحوهما كالحاكم والقيم للصلح عن طرف الحمل ، لكن هذا الصلح يتوقف على ولادة الحمل حياً، وذلك لاطلاق أدلة الصلح وعقلائية المعاملات مع الجنين اذا فعل الولي أوفعل الفضولي ، ثم لما بلغ الجنين البلوغ الشرعي أجاز الفضولية، ويؤيد العقلائية التي هي الموضوع الشرعي ما لم يبين الشارع خلافه صحة الوصية له، وكذلك صحة ارثه، وانما قيدناه بالولادة حياً، لان

الشارع تصرف فيهذا الشيء، ولذاأبطل ملكه اذالميلد حياً، سواءٍ فيالارث أوفي الوصية.

ومنه يعلم ان قول المحقق القمي بعدم الصحة، لانه لايملك الا في مورد الوصية والميراث ملكاً متزلزلا، غير ظاهر الوجه فتأمل .

ثم ذكر المحقق القمي ان العلمـاء ذكروا ان الاقرار للحمل على ثلاثـة أقسام : الاقرار بسبب مملك كالوصيـة والارث ، والاقـرار بسبب غيـر مملك كالاقرار بأنه جنى على الطفل ، وانه استحق الغرامة ، أوانه عومل معه معاملة توجب ملكه، والثالث الاقرار بسبب يحتمل الامرين، ففي الاول صحيح،وفي الثاني باطل، وفي الثالث حيث يحتمل الصحة يحمل اقراره على الصحيح ، وفيه انه لم يعلم اجماع على البطلان في الثاني، ومقتضى القاعدة الصحـة ، وان الطفل اذا جنى عليه وهو في بطن امه له حق الاخذ بمقتضى الجناية،كما انه اذا قتل له حق الدية، والحاصـل مقتضـى القاعدة انكل المعامـلات مـع الطفل جائز الا اذا علم بالدليلالعدم كالنكاح له أولها فيما اذاتبين انـه ذكر أو انثى مثلا، سواء ولدحياً أم لا؟ولذا يصح عتقه ايضاً،والمسألةوانكانت بحاجة الى مزيد من التتبع والتأمل الا ان مقتضى القاعدة ماذكرناه ، فاذا نذر لـه أو وقف له أووصى أوباع أووهب أو ماأشبه صح مع قبول الولي وولادته حياً ، أو قبول الفضول ، وبعد ذلك اذا بلـغ أجاز فيما يحتاج الـى الطرفين ، أمـا فيما اذا لم يحتج الى الطرفين كالعتق والنـذر له وما أشبه صح علـى مقتضى القاعدة.

ثم انه فرق بين مثل الارث ومثـل الجناية عليه ، حيث ان الارث يتوقف على ولادته حياً، اما الجناية عليه فلايتوقف على ولادته حياً، فانه اذا مات في

الرحم بعد الجناية تكون الدية ايضاً لورثته،ولافرق فيما ذكرناه بين ان يكون الولد للحلال أو الحرام أو الشبهة ، وأن يكون كافراً أومسلماً، فيما يصح بالنسبة الى الكافر الكبير، وولد الحربي تابع له ،كما ان ولد الذمي تابع له .

(الرابع والاربعون) الاقرار بالصلح موجب لترتب آثار الصلح ، وان لم يعلم هل انه صالح أو لم يصالح ، وانما أقر كذبا أوانه أجرى الصلح صحيحاً أو باطلا ، فان اقرار العقلاء على أنفسهم جائز[1] واصل الصحة حاكم بصحة صلحه، والظاهر ان الكتابة المعتبرة ايضاً حكمها حكم الصلح ،كما اذا رأيناه كتب في ورقة: واشهد عليه شهوداً، والشهود يقولون : بأنه اشهدنا عليها أو الشهود ميتون، لكن الكتابة بشهادة الشهود مأمونة عن التزوير، وذلك لجريان السيرة من القديم بالنسبة الى الاقارير والوصايا والمصالحات والبيوع وغيرها على الاعتماد عليها مع الامن عن التزوير .

وقول الفقهاء لا اعتبار بالكتابة كقول المحقق القمي الا ان يعلم الحاكم بالصحة محل نظر، الا ان يريد الفقهاء الكتابة التي لا يمكن الاعتماد عليها عند العرف، أما الكتابة التي يعتمد عليها عند العرف فلاوجه لعدم الاعتبار بها،بل هو داخل في قوله عليه الصلاة والسلام : الأشياء كلها على ذلك حتى تستبين أو تقوم به البينة[2] فانه من الاستبانة العرفية ، وقد كان الرسول ﷺ والائمة عليهم السلام يعتمدون على الكتابة ، ولذا كان ﷺ يرسل الكتب الى الملوك وغيرهم .

---

(١) الوسائل : ج ١٦ ص ١١١ الباب ٣ من أبواب الإقرار ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ٤٠ الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به ح ٤ .

(٣) بلغ تعداد كتب الرسول إلى الرؤوساء الأحراء زهاء ٣١٧ فقرة راجع مكاتب الرسول .

نعم اذاكانت كتابة لانعلم هل انه أجرى على نحوها الصيغة أو المعاطات أولا (كالكنابة على الزوالي بأنها وقف) حيث ان الكتابة قبل التوقيف غالباً لم يكن اعتبار لهذه الكتابة، لعدم اعتماد العقلاء على مثلها .

(الخامس والاربعون) لوادعى زيد على عمرو مائة دينار ، وأنكر عمرو فصالح زيد معه على خمسين منه مثلا بشيء ، فـان المصالحة لازمة ولاتسقط دعوى زيد على عمرو الخمسين الاخر، لان الصلح على الخمسين ليس معناه الاعتراف بأنه قدكذب في دعواه المائة، وقد أشار الى ذلك المحقق القمي ، ولواختلفافي انه هل صالح عن المائة أوعن الخمسين فالحق مع مدعى الخمسين الا ان يأتي مدعى كون الصلح بمائة بدليل .

(السادس والاربعون) الفسخ بخيار الشرط ، وفي العقد الجائز لايحتاج الى الطرفين، وانما ينفسخ بسبب طرف واحد كما هو واضح ، أما في العقد اللازم فالفسخ كالتقايل بحاجة الى الطرفين كأن يقولا: تفاسخنا أو أبطلنا أورفعنا اليد عن العقد أوماأشبه ذلك من صور الفسخ من الجانبين، ولوقال أحدهما : فسخت، فقال الاخر. قبلت أورضيت أوانا هكذا أوماأشبه حصل التفاسخ ايضاً والظاهر انه لايشترط عدم الفصل ، فاذا قال أحدهما في البيع أو الصلح أوما أشبه في يوم الجمعة: انيفسخت العقد، وقال الاخر: في الجمعة الثانية قبلت، ولكن كان الاول باقياً على فسخه صح،لان الامر عرفي، والعرف يرون الاتصال بين الأمرين، ولو بفصل، فقول المحقق القمي: يجب أن يكون بفاصلة قليلة ، غير ظاهر الوجه .

وكذا الحال لو استقال البائع مثلا في جمعة واقال المشتري في جمعة اخرى ، ولوشك في ذلك كان الاصل مع عدم اشتراط عدم الفصل ، اذ

الشرط شيء جديد لم يدل عليه دليل، فالعقلائية هي المعيار في الامر، والعقلاء لايرون الاتصال ، بل مقتضى القاعدة انه لوفسخ أحدهما ومات الاخر وورثه وارثه فقال وارثه : قبلت الفسخ انفسخ ،كما ان مقتضى القاعدة انه لو اجرى فضولي الفسخ، فقال العاقد : قبلت مافسخ كان ممضى ايضاً، لان الفضولية تأتي في الفسخ ايضاً عرفاً ، والشارع لم يغير ذلك ، ولوقال أحدهما : فسخت وقبل أن يقول الاخر قبلت رجع عن فسخه ، وقال : رجعت، لم يتحقق الفسخ.

وذلك كما اذا قال أحدهما : بعت ، وقبل قبول الاخر قال : رجعت ، فان البيع لايقع، وهكذا في النكاح اذا اجرى الايجاب وقبل قبول القابل رجع الى غير ذلك من العقود وذلك لعدم صدق (عقودكم) اذا رجع،ولوادعى أحدهما التفاسخ أو التقايل، وانكر الاخر احتاج المدعى الى البينة .

كما انه اذا مات أحدهما فورثه وارث لم يعلم بانه وقع التفاسخ والتقايل كان للمدعى عليه الحلف بعدم العلم ، لكن العالم بالتفاسخ أوالتقايل يلزم عليه ان يعمل حسب علمه بقدر المستطاع .

وعلى أي حال، في العقود اللازمة يحتاج الامر الى التفاسخ والتقايل الا في النكاح، حيث لايصح التفاسخ والتقايل فيه، نعم يصح الفسخ من الرجل وحده أو من المرأة وحدها في الامور الموجبة للفسخ المذكورة في [كتاب النكاح] .

ثم الظاهر دخول المعاطات ايضاً في التفاسخ والتقايل كما يقتضيه أدلة المعاطات، فقول المحقق القمي : في التفاسخ والتقايل في العقود يلزم التلفظ بلفظ له دلالة على انشاء الفسخ،محل نظر، ويشترط ان يكون الفاسخ بالغاً عاقلا

جائز التصرف في الماليات، ولافرق بين أن يكون كافراً أومسلماً ، نعم اذا قلنا بصحة معاملات الصبيان يأتي ان لهم ايضاً التفاسخ والتقايل .

ولو شرط في ضمن عقد لازم أوفي مصالحة عدم الفسخ، فمقتضى القاعدة ان فسخه كلافسخ على ماذكرناه في بعض المسائل السابقة، خلافاً لما يستظهر من المحقق القمي ان الفسخ يقع وانما فعل حراما ، ولو فسخ أو فسخت مع نهي الابوين حيث ينفذ نهيهما أونهي الزوج حيث ينفذ نهيه صح الفسخ ، وانما فعل حراما لعدم التلازم بين الحكم الوضعي والحكم التكليفي ، وانما قلنا بافادة (المؤمنون عندشروطهم)[1] الحكم الوضعي ايضاً ، لانه المستفاد عرفاً من مثل اوفوا بالعقود[2] ، والمؤمنون عند شروطهم، كما انه لونذر ان لايفسخ ففسخ فعل حراما، وأن نفذ الفسخ ، على تأمل في بعض المذكورات .

(السابع والاربعون) لوادعى أحد المتصالحين الغبن أوالعيب أو تبعض الصفة أوخيار الرؤية فيما اشترط فيه الرؤية مثلاأوشبه ذلك من الخيارات غير المحدودة مالكياً أو شرعياً بوقت معين ،كان مقتضى القاعدة سماع الدعوى منه ولو بعد عشرين سنة، بل وكذا اذا مات وانتقل الى الوارث فللوارث الحق، لان ماتركه الميت من حق فلوارثه ،كما أشار الى ذلك المحقق القمي ، ولو انتقلت العين الى غير الطرفين بسبب بيع أوماأشبه فان امكن حصولها عقلا وشرعاً وارجاعها فهو ، والا انتقل الامر الى البدل كما ذكر ذلك في [كتاب البيع] مفصلا .

---

(١) الإستبصار : ج ٤ ج ٣ ص ٢٣٢ ـ التهذيب ج ٧ ص ٣١١ ح ٦٦ .

(٢) المائدة : آية / ١ .

ولو اتفقا على الغبن ، لكن اختلفا في انه هل كان الغبن مما يتسامح فيه في مثل المصالحة أولا ، فعلى مدعى الغبن الذي لايتسامح فيه اقامة الدليل ، لان مقتضى الدليل اللزوم الا أن يكون غبناً لايتسامح فيه ، فهو مثل ادعاء أحدهما الخيار وانكار الاخر، حيث ان مدعى الخيار يحتاج الى الدليل ، فلايقال: ان أصل الغبن لماكان ثابتاً ولم تكن الصفة وهو التسامح فيه ثابتاً، فمقتضى القاعدة ان الحق لمن ادعى الغبن غير المتسامح فيه .

(الثامن والاربعون) لو تصالحا ثبت الصلح ولزم وان لم يسلم أحدهما للاخر ، ثم لو امتنع أحدهما من التسليم اجبر واذا لم يمكن الاجبار حق لطرف الصلح أحد أمرين ، أما أن يبقى على صلحه ويتقاص ، وأما أن يفسخ الصلح، ولافرق في عدم التسليم بين أن يكون لتعذر المصالح من التسليم ،كما اذا غصبه الغاصب منه أو تعذره شخصياً،كما اذا سجن أو أغمى عليه أوماأشبه أو امتناعه بدعواه عدم صحة الصلح أو لامتناعه اعتباطاً أو غير ذلك ، والظاهر انه اذا سلمه بعد مدة وكانت للعين في هذه المدة منفعة منفصلة أو متصلة كاللبن والثمر والصوف أو منافع كالايجار بالنسبة الى الدابة والسيارة والدار وماأشبه كانت كل تلك المنافع للطرف ، لانه بمجرد انتقاله الى الطرف انتقل اليه مع سائر منافعه، ولافرق بين أن استوفاها الابي أوغيره أم لا ؟ والظاهر لزوم الفورية العرفية في العطاء الا اذا شرط لفظاً أو ارتكازاً (مما يبني العقد عليه) التأخير والايجار السابق على الصلح مقدم على حق طرف الصلح ،كما ذكروا مثله في البيع ، فاذا لم يكن المصالح يعرف ان الدار موجرة مثلا مدة كسنة وما أشبه ممايناني الفورية كان له حق الفسخ أو الابقاء مع أخذ المنفعة من طرفه المالك للدار سابقاً .

أما حمل الدابة ، فان حملت بعد الصلح فللطرف ، وأما اذا كانت حاملا قبل الصلح ، فالامر دائرمدار قصدهما في الدخول في الصلح حتى يكون العقد مبنياً عليه وعدمه، واذا شك فالاصل عدم دخول الحمل في الصلح ، كماان الثمار أيضاً الاصل عدم دخولها في الصلح اذا لم يكن الارتكاز أوالشرط اللفظي بدخولها في الصلح ، أما اذا صالح عن البئر أو عن النهر أو الساقية أو ماأشبه فالظاهر دخول الماء ، لان المراد بالبئر والنهر والساقية مايشمل الماء أيضاً الا أن تكون قرينة على العدم ، ولو صالح عن التلفون أو التجهيزات الكهربائية في البيت أو أنابيب الماء أو ماأشبه ، فالظاهر انه بمعنى كونها متصلة بالمنبع فلاحق له في أعطاء التلفون المجرد عن الاتصال أو غيره الا أن يكون الشرط اللفظي أو الارتكازي على العدم .

(التاسع والاربعون) لو ادعى على ميت مالا وجاء بالبينة وقبل ان يحلف صالح حقه على الميت مع انسان صح ذلك الصلح اذا حلف، لانه يكشف الحلف عن سابق الحق فتكون المصالحة واقعة على الحق السابق، بل قد تقدم ان الصلح كما يقع على الحق السابق يقع على الحق المستقبل كأن تصالح الزوجة زوجها على نفقة السنة الاتية بشيء ، وان يصالح الصياد على مايصيده من السمك ونحوه بشيء قبل الصيد اذا لم تكن الجهالة موجبة للغرر المضر بالصلح، والظاهر انه لايشترط وحدة الحاكم الذي يقيم عنده الشهود ويحلف عنده لعدم الدليل ، والادلة انما تشير الى جنس الحاكم ، خلافاً للمحقق القمي حيث يستظهر من كلامه اشتراط وحدة الحاكم ، كما لايشترط ان يكون الحلف في مجلس الشهود ، بل يجوز التفريق بينهما بأن يستشهد بشاهدين في هذا اليوم ، ويأتي بالحلف بعد شهر لاطلاق الادلة، ولو قيل بأن الانصراف يقتضي اتحاد الحاكم والمجلس

فالجواب انه بدوى مع قطع النظر عن انه لاانصراف عند العرف ، كما انه لادليل على لزوم كون الشاهدين في مجلس واحد بأن يشهد أحد الشاهدين في هذا اليوم ، ويأتي شاهد آخر فيشهد بعد اسبوع .

وعلى هذا، فاذا ادعى على ميت شيئاً، وصالح ذلك الشيء مع انسان وبعد ذلك أقام الشهود وحلف أو الورثة أقروا بما ادعى يكون الصلح صحيحاً ، نعم اذا لم يتمكن من الاثبات بطل الصلح ظاهراً، وان كان الصلح واقعاً صحيحاً ان كان حقه ثابتاً ، واذا علم طرف الصلح بأن حقه ثابت ، لكنه لم يتمكن من الاثبات لزم عليه اعطاء الشيء المقابل لما عنده .

نعم اذا علم الطرف ان المال ثابت على ذمة الميت وأقدم على الصلح كان الصلح صحيحاً ، وان لم يتمكن المدعى من اقامة البينة أو لم يحلف ، أما اذا صالح مع علمه بأن الحق ثابت على شرط لفظي أو ارتكازي بأن يتمكن من انفاذ الحق ولو بالتقاص ولم يتمكن بطل الصلح اذا كان على نحو التقييد، وأما اذا كان على نحو الاشتراط فله خيار الفسخ .

(الخمسون) الظاهر انه يصح أن يصالح الانسان مع أولاده بتقسيم أمواله بينهم صلحاً على التساوي أو التفاوت ، سواء كان التفاوت بجعل ما للذكر ضعف الانثى أو جعل ما للانثى ضعف الذكر ، ويصح أن يشترط في الصلح شروطاً ، مثل أن يكون له خيار الفسخ الى حين موته، وأن يكون هو المتصرف في الاموال ولو بالاتلاف الى حين موته، وانه اذا ولد له ولد جديد يكون شريكاً معهم ، أما بكون الذكر مثل حظ الانثى أو أكثر أو أقل، وبأن يكون من الكل يأخذ على حد سواء أو بالتفاوت ، فان كل ذلك جائز وداخل في أدلة الصلح،

لكن أشكل على ذلك المحقق القمي :

أولا : بأنه جهالة .

وثانياً : بأنه غرر .[١]

وثالثاً : بأنه أحياناً يلزم الضرر .[٢]

ورابعاً : بأن وقت الموت غير معلوم ، وكل هذه الاشكالات غير ظاهر الوجه، لان الكلام فيما اذا لم يكن غرراً عرفياً، والضرر هو الذي أقدم عليه فلا بأس به، والجهالة المسامح فيها عرفاً في مثل الصلح، لادليل على كونها ضارة، وعدم تعين وقت الموت ليس مما يراه العرف ضرراً أو غرراً ،كما ان المراد بخيار الفسخ خيار الفسخ فيما كان باقياً، أما ما أتلفه من القمح أو ما أشبه أو ما باعه من الدار والدكان ونحوهما ، فمن الواضح انه ليس المراد خيار الفسخ في مثل هذه الامور فاشكاله الخامس بأنه كيف يجعل خيار الفسخ فيما يتلف وتخصيصه بمالايتلف نحو جهالة وغرر ايضاً غير ظاهر ، وبذلك تبين ان الاصل الصحة فلا مجال لاصالة عدم الصحة ايضاً فقوله لاأقل من الشك في صحة مثل هذه المعاملة ، فالاصل عدم الصحة محل اشكال .

(الواحد والخمسون) قال المحقق القمي : هل يصح الصلح من دون العوض كالهبة بلاعوض أم لابدّ منه ؟ الجواب: يصح ذلك مع الاقرار والانكار فلو كان على أحد دين لاحد وأقر به، ثم صالحه على نصفه صح، وكذلك في العين وسمى صلح الحقيقة، فيقول صالحتك على نصف ديني على أن تعطيني

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

نصفها أو صالحتك داري على نصفها ، ويشترط القبول ، وان كان في الدين ، فان كونه بمنزلة الابراء عن النصف لايوجب عدم اشتراط القبول كما في الابراء على أظهر القولين وأشهرهما ، والظاهر ان المسألة اجماعية .

قال في التذكرة: ولو قال : صالحني بنصف دينك عليّ أو بنصف دارك هذه ، فيقول : صالحتك بذلك صح عندنا وهو قول أكثر الشافعية ، ثم قال : وانما يقتضى الصلح المعاوضة اذا كان هناك عوض، وأما مع عدمه فلا، وانما معنى الصلح الرضا والاتفاق ، وقد يحصل من غير عوض ـ انتهى .

وهو كما ذكراه ، ثم الظاهر عدم لزوم العلم بقدر الدين الا اذا دخل في الغرر الضار بالصلح، ولو ادعاه الدائن وأنكره المديون، فان تمكن الدائن من اثبات ادعائه ، فهو والاّ احتياج المديون الى الحلف حسب قواعد الدعوى .

(الاثنان والخمسون) لوصالح على دعويين بأن يترك المدعي الدعوى في قبال اعطائه مائة مثلا فظهر بطلان أحد الدعويين ، فان قصد كون الصلح صلحين لكل دعوى صلحاً، مثل نكاحين في صيغة واحدة بطل من الصلح بقدر تلك الباطلة ، فان قصد لكل صلح خمسين بطل أحدهما ، وان قصد النسبة مثل أن يكون للصحيحة تسعون، وللباطلة عشرة بطل عشرة، وان قصد صلحاً واحداً كان من تبعض الصفقة ، فان أقره ولم يفسخه يبطل من المال بالنسبة كما في تبعض الصفقة .

(الثالث والخمسون) لوكان الصلح بنظر أحدهما صحيحاً اجتهاداً أو تقليداً وبنظر الاخر باطلا يرجعان الى حاكم شرعي فيحكم فيه بنظره ، ولو كان نظره مخالفاً لهما لصحة بعض الصلح وبطلان بعضه على ماذكرنا تفصيله في[كتاب القضاء] .

واذا حكم وجب على المترافعين تنفيذ الحكم ، وان كانا مجتهدين وكان حكم القاضي على خلافهما .

(الرابع والخمسون) لو اختلفا في انه هل وصي بالاكثر من الثلث فيكون الزائد عن الثلث باطلا بدون اجازة الورثة أو صالح حتى يلزم العمل بالكل كان مورد التحالف لعدم الجامع بين الامرين ، وكون الاصل مع نتيجة الوصية لاينفع بعد أن كان ميزان النزاع المصب لا المال كما ذكرنا وجهه في [كتاب القضاء] وغيره .

(الخامس والخمسون) لو صالح وجعل الخيار لنفسه مادام العمر فله صورتان:

(الاولى) أن يعيش حسب المتعارف، ولاشك بانقضاء الخيار بموته، لان الخيار كان خاصاً به، فاذا مات انتفى الخيار، ولايكون موضوع لماتركه الميت من حق فلوارثه لانه ليس مما تركه الميت .

(الثانية) ان جعل الخيار لنفسه مادام العمر وما دام العمر ارتكازاً خمسين سنة حسب مايتعارف من عمر مثله ، لكنه مات بعد سنة ، فان مقتضى القاعدة أن يكون الخيار لورثته من بعده الى تسع وأربعين سنة اذا كان ما دام العمر في كلامهما مرآة لخمسين سنة حسب الارتكاز ، والعقود تتبع القصود ، فيكون مما تركه الميت الذي يكون لوارثه .

نعم اذا كان مادام العمر يراد بـه تحت اللفظ وكان خمسين سنة من قبيل الداعي، لانه مصب العقد ، فانـه اذا مات بعد سنة انقطع الخيار أيضاً ، لان الخيار لم ينصب على خمسين سنة ، وان كانـا يزعمان انـه يبقى خمسين سنة لكنه يكون حينئذ من باب الداعي ، لامن باب المرآة .

أما اذا جعل الخيار لنفسه الى خمسين سنة ومات بعد سنة مثلا، فانه يكون

الخيار للورثة فيما بقي من الخمسين مستثنى منه مدة عمره ، وذلك فيما كان ظاهره ارادة خمسين وان لم يعمر اليه ، واذا لم يعلم ان مادام العمرهل يراد به الخمسين سنة ؟ أو يراد بـه قدر العمر؟ كان مقتضى القاعدة عـدم استمرار الخيار ، لان مادام العمرظاهـر في مدة بقائه ، أمـا أن يكون ذلك من بـاب المرآة وكان الارتكاز منصباً على الخمسين من خلال مرآته فهوخلاف الاصل لايصار اليه الا بدليل، والمسألة من باب تخالف الوصف والاشارة .

وكيف كان فمما ذكرناه يظهر ان اشكال المحقق القمي في الصلح مادام العمر للجهالة الموجبة للغرر المنفي مثله حتى عن مثل الصلح الذي هوأوسع دائرة من سائر العقود، محل نظر.

ومنه يعلم ، انـه اذا تعددت الورثة انقسم الخيار بينهم ، وقـد ذكرنا في [كتاب الارث] تفصيل كيفية انقسام الخيار بين الورثة ، فلاحاجة الى تكراره هنا لوحدة الملاك .

(السادس والخمسون) الظاهر ان صلح الكفارصحيح أيضاً بينهم ، وانما علينا أن نلزمهم بما التزموا به ، وان كان في شرعنا باطلا كالصلح على الخمر أو الخنزير أو ماأشبه ذلك ، وذلك لدليل الالزام ، وان كان الصلح بين مسلم وكافركان له أربع صور :

الاولى : أن يجوز عندهما ، ولااشكال في الصحة .

الثانية : أن يمتنع عندهما ولااشكال في البطلان .

الثالثة : أن يجوز عند الكافر، لكنه ممنوع عند المسلم مع المسلم لامع

الكافر، فان ذلك جائز، ويكون حاله حال الطلاق بدون شهود عدول ، حيث يجوز للمسلم تزويجها اذا كان من الكافر أو المخالف ، أما من المؤمن فلا ، أما اذاكان ممنوعاً ، عند المسلم مطلقاً لم يجز مثل المصالحة على الخمر، حيث لايجوز للمسلم ، سواء مع الكافر أو مع المسلم .

الرابعة : أن يجوز عند المسلم ويمتنع عند الكافر، والظاهر الصحة، لان الاسلام يعلو ولايعلى عليه ، ولان الاسلام لم يزدنا الا عزاً، كما في الحديث وللادلة العامة ، ولذا يجوز للمسلم أن يتزوج بكافرة ثانية مع انه لايجوز عند الكفار التزوج بالثانية، حيث ان الكافر اذا تزوج بالثانية (وعنده لايصح ذلك) نحكم ببطلان العقد الثاني من باب الالزام ، كما نحكم بعدم جواز رجوع المخالف الى زوجته بعد تطليقها ثلاثاً في مجلس واحد من باب قاعدة الالزام، ونحكم على الزوجة بأن بعد انقضاء العدة تتزوج برجل آخر، مع العلم انه لم يكن شهود عدول في البين مما لو صدر عن المؤمن لحكمنا ببطلان الطلاق وبقائها زوجة للاول، وعدم جواز تزويجها بزوج آخر، الى غير ذلك من الامثلة.

(السابع والخمسون) الظاهر صحة الصلح على أن يزوج الاب بنته الصغيرة ممن هو كفؤها ، ويصح لها التزويج من طرف الصلح، وكذا اذا تصالحا على أن يزوج ولده الصغير أو أن يزوج موكله أو موكلته فيما اذا أطلق الموكل والموكلة الوكالة بزواجهما من انسان، وذلك لاطلاق أدلة الصلح ، كما انه يصح أن يتصالحا على أن يطلق زوجته مثلا تطليقة أو تطليقتين أو ثلاث أو يتصالحا على أن يكون هو المحلل للطلاق أو تصالحا على أن يزوجها أو تزوجه أو ماأشبه ذلك ، فلو لم يفعل مقتضى الصلح أجبر عليه ، ولو لم يمكن الاجبار كان للطرف الفسخ .

(الثامن والخمسون) الظاهر صحة الصلح على اتيانه العبادات الواجبة والمندوبة ، مثلا : ولده غيرمبال بالصلاة أو الصيام أو ماأشبه فيتصالح معه على أن يعطيه كل شهراً ديناراً على أن يصلي أو على أن يصوم أو ماأشبه ذلك من سائر الواجبات ، لان كون الواجبات على الانسان لاينافي الصلح عليها ، وكذلك اذا صالح معه على أن لايشرب الخمر أو لايقامر أو لايزني ، وكذلك بالنسبة الى المكروهات والمستحبات بأن يصالح معه على أن يصلي صلاة الليل ، أو يترك النوم بين الطلوعين، الى غيرذلك من الامثلة .

أما الصلح على تحليل الحرام أوتحريم الحلال، فانه غيرنافذ ، نعم الظاهر جواز الصلح على فعل المكروه في نفسه أو ترك المستحب في نفسه اذا كان الامرعقلائياً ،كما اذا صالحه على أن ينام بين الطلوعين ، لان النوم في ذلك الوقت ينفعه أو صالحه على أن يترك صلاة الليل حيث ان صلاة الليل تسبب له السهر والصداع مما يجوز تحمله شرعاً ، الى غير ذلك من الامثلة .

(التاسع والخمسون) لوصالحه على أن يكون نصف الفرس أو الشاة أو ماأشبه له على نحو الاشاعة فلااشكال في ذلك ، لاطلاق أدلة الصلح ، أما اذا صالحه على أن يكون رأس الفرس له ، أو رأس الشاة ، أو رجلهما ، أو ما أشبه ، فهل يصح مثل هذا الصلح أم لا ؟ الظاهر انه اذا كان بيع هذه الامور متعارفاً كصلح من يبيع رؤس الشياة أو كصلح من يطبخ رؤس الشياة، مع القصاب أن تكون الرؤس له ، حيث انه اذا ذبحها يعطيها الرؤس والارجل مثلا فان مثل هذا الصلح أيضاً جائز والا لم يصح لعدم العرفية حتى يكون مشمولا لادلة الصلح بعد أن تقدم الكلام في ان الصلح منصب على المتعارف، وذكرنا في بعض أبواب [الفقه] صحة بيع مثل الرأس والقلب والكبد والرئة والرجل

ومأأشبه ، فاذا صح البيع صح الصلح بطريق أولى، بل يمكن القول بصحة الصلح وان لم يصح البيع ، حيث يتسامح في الصلح بما لايتسامح في البيع فيما اذا كان غررياً ، لكن غررية البيع فيما اذا كان متعارفاً أيضاً محل نظر، اذ لاتحقق لموضوع الغرر عرفاً ، وقد ذكرنا ان الشارع لم يغير موازين الغرر .

(الستون) الظاهر صحة ان يصالح معه على أن يعترف بحق لله أو للناس عليه عند الحاكم كما اذا سرق ولا يريد الاعتراف عند الحاكم فيصالحه على أن يعترف عند الحاكم بما تثبت السرقة عليه ، أو على أن يصالحه على أن يعترف عند الحاكم بأنه قتل فلاناً ، أو انه زنى أو ماأشبه ذلك ، وذلك لانه لايلزم أن يستفيد المصالح المعطى لشيء شيئاً من وراء صلحه .

ولذا يصح أن يصالح مع الكناس على أن يكنس الشارع ولو لم يكن الشارع مرتبطاً به اطلاقاً بأن كان عابر سبيل ، أو ان يصالح مع الخباز على أن يعطي للفقير الخبز ، الى غير ذلك من الامثلة ، لكن ربما يتوقف في الصلح للاعتراف بحقوق الله سبحانه وتعالى كالصلح على الاعتراف بالزنا أو باللواط أو ماأشبه لاحتمال انصراف أدلة الصلح عن مثل ذلك ، ولو شك في العرفية المقتضية لانصباب الادلة عليها فالاصل عدم الصحة،لان اللازم تحقق الموضوع حتى يثبت الحكم .

وهذا آخر ماأردنا ايراده في هذا الكتاب ،والله الموفق للصواب ،سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين ، والحمد لله رب العالمين.

وحيث ان السيد العاملي (رحمه الله) في مفتاح الكرامة ذكر في أخير الصلح بعض النوائب التي رافقت كتابته لتتمة كتاب الصلح لم نر بأساً بنقل ما ذكره ثم تذييله بالنوائب التي تعاصرنا في هذا الوقت .

قال (رحمه الله) : وقد وفق الله سبحانه وتعالى بمنه ويمنه وبركة خير خلقه سيدنا محمد وآله صلوات الله عليهم أجمعين باتمام هذا الجلد في أول شهر ربيع الاول سنة ألف ومائتين واحدى وعشرين من الهجرة مع تشتت الاحوال واشتغال البال بما نابنا من الخارجي الملعون في أرض نجد ، فانه اخترع ما اخترع في الدين ، وأباح دماء المسلمين ، وتخريب قبور الائمة المعصومين عليهم صلوات رب العالمين ، فأغار سنة ألف ومائتين وست عشرة على مشهد الحسين عليه الصلاة والسلام وقتل الرجال والاطفال وأخذ الاموال وعاث في الحضرة المقدسة فخرب بنيانها وهدم أركانها .

ثم انه بعد ذلك استولى على مكة المشرفة والمدينة المنورة وفعل بالبقيع ما فعل ، لكنه لم يهدم قبة النبي صلى الله عليه وآله وسلم .

وفي السنة الحادية والعشرين في الليلة التاسعة من شهر صفر قبل الصبح بساعة هجم علينا في النجف الاشرف ونحن في غفلة حتى ان بعض أصحابه صعد السور وكادوا يأخذون البلد فظهر لامير المؤمنين عليه السلام المعجزات الظاهرة والكرامات الباهرة ، فقتل من جيشه كثير ورجع خائباً وله الحمد على كل حال ـ انتهى .

أقول : لايخفى ان الوهابيين مرتين هدموا البقيع المباركة ، مرة في السنة التي ذكرها السيد (رحمه الله) ومرة قبل ستين سنة ، والتي بقيت البقيع مهدمة الى الان ، فان المسلمين عمروا البقيع بعد المرة الاولى حتى انا رأينا جماعة من مشايخنا واساتيذنا الذين زاروا البقيع قبل هدم الوهابيين، كما كانوا قد زاروا سائر البقاع المتبركة في المدينة المنورة وفي مكة المكرمة

وبين الحرمين وغيرها ، كما ان بعضهم زاروا باب خيبر في الموضع الذي رماه اليه أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام ، قالوا : وكان باباً كبيراً من قطعة من حجر كبير جداً لايتمكن حتى الاربعون من حمله ، لكن لما استولى الوهابيون قطعوا ذلك الباب قطعة قطعة ورموا بقطعها في النفايات .

وأما عدم هدمهم لقبة النبي ﷺ لافي تلك المرة ولا في هذه المرة ، فالسبب كما ذكره بعض علمائنا ومشايخنا (قدس الله اسرارهم جميعاً) انهم لما أرادوا هدم قبة النبي ﷺ ووصل الخبر الى الهند في تلك الايام والهند مستعمرة بريطانية وفيها عشرات الملايين من المسلمين هاج المسلمون وماجوا فخاف البريطانيون ان يسبب ذلك تصدعاً في مستعمرتهم الهند فاوحوا الى (ابن سعود) أن يترك هدم القبة الخضراء في المدينة المنورة للنبي الاعظم ﷺ .

ولما قال الوهابيون لجماعتهم انهم لايهدمون قبة النبي ﷺ هاج اتباعهم وماجوا وقالوا : اذا كان الامر شركاً فكلا الامرين شرك ، واذا كان ليس بشرك فلماذا هدمتم البقيع وسائر القباب ، لكن رئيسهم اخترع رؤياً وقال لهم : اني رأيت البارحة النبي ﷺ في المنام وقال لي : اترك قبتي ، ولذا تركت الهدم لهذا المنام وقنع أصحابه بما قاله ولم يقولوا له ان الرؤيا لايتمكن من تغيير أحكام الله سبحانه وتعالى ، فاذا كان القباب شركاً وكفراً كما يقولون كان معنى ذلك ان النوم بدل الشرك توحيداً والكفر اسلاماً ، فهل يصح أن يقال : انه رأى في المنام ان الخمر حلال والزنا حلال والصلاة غير واجبة الى غير ذلك؟!

وعلى اي حال ، فقد انقضى زمان السيد العاملي (رحمه الله تعالى) باسترجاع المسلمين لكربلاء وعدم تمكن الوهابيين من النجف الاشرف

وباعادة قباب الائمة الطاهرين عليهم الصلاة والسلام ، لكن الخطب كل الخطب في زماننا حيث عاصرنا تحطم الاسلام والمسلمين وتفرق البلاد وتشتت العباد ، وتبديل قوانين الاسلام ، وسحق أحكام الله سبحانه وتعالى في كل البلاد ، واشاعة الفحشاء والمنكرات وتسلط الكفار من الشيوعيين والصليبيين والصهاينة والوثنيين على بلاد الاسلام .

فقد استولى شيوعيو الروس على البلاد الأسلامية والتي تسمى الان بالجمهوريات الست من تاجكستان وتركمنستان وآذربايجان وارمنستان وقرقيزستان وقازقستان ، وقد أذلوا المسلمين وقتلوا منهم مقتلة عظيمة حتى اني رأيت في بعض الكتب المعتمدة انهم قتلوا عشرة آلاف من العلماء والطلاب وهدموا اثنين وعشرين الف مسجد وجعلوا بعضها اصطبلا أو كراجاً أو مخزناً أو مرقصاً أو ملهى أو مخمراً أو دائرة أو ماأشبه ، وكذلك قتلوا من المسلمين (لابائهم عن الدخول في الشيوعية) خمسة ملايين ويمر على هذه الحالة أكثر من نصف قرن والمسلمون مضطهدون هناك بأشد انحاء الاضطهاد .

كما ان (ماوتيسي تنغ) في الصين هدم أكثر من سبعة عشر ألف مسجد (كما رأيت في بعض التواريخ المعتمدة) واذل المسلمين وقتلهم وبددهم وسجنهم وعذبهم، وقد عطل في بكين (وكان يسمى بخان بانغ،في الاصطلاح السابق) أربعة مساجد، كل مسجدكان يحتوي على أكثر من ربع مليون مصلى في أيام الاعياد والجمع ونحوها ، وبقي الامر على ذلك منذ ثلث قرن من حين استيلاء الشيوعيين على المسلمين في تلك البلاد .

كما ان شيوعي الروس دخلوا افغانستان قبل بضع سنوات ، فقتلوا الى

اليوم أكثر من مليون من المسلمين وشردوا أكثر من خمسة ملايين من المسلمين ، وامتلات سجونهم بالكبار والصغار والرجال والنساء يقطعون الايدي والارجل ويسملون الاعين ويجدعون الانوف ويصلمون الاذان ويبقرون بطون الحوامل ويعذبون السجناء بأشد أنواع التعذيب ويهتكون اعراض الفتيان والفتيات ، واحياناً يحرقون الاطفال بالنار بصب النفط عليهم واشعالهم أمام آبائهم وامهاتهم وذويهم امعاناً في اذلال المسلمين .

وقد روى لي شاهد عيان في بعض سجون كابل انه رأى ذلك وهم يصيحون يا الله يا محمد يا علي يا زهراء ، الى غير ذلك من ظلم الشيوعيين الروس في افغانستان .

وفي العراق حدثت منذ أكثر من ربع قرن انقلابات عسكرية متتالية من عبد الكريم قاسم الى عبد السلام عارف الى عبد الرحمن عارف الى أحمد حسن البكر الى صدام ، وكل الانقلابات العسكرية قام بها الغربيون بسبب هؤلاء العملاء واتباعهم لاذلال العراق وتحطيم الحوزات العلمية في النجف الاشرف وكربلاء والكاظمية وسامراء المشرفات وغيرها .

كما دمروا الاقتصاد وجعلوا العراق أكثر فأكثر تابعة للغرب ، ونشروا الخلاعة والمجون والخمور والسفور والبغاء ، ومنعوا عن العتبات المقدسة ، واخرجوا ملايين من الناس الامنين من بلادهم ، وصادروا أموالهم وسجنوا مئات الالوف من الشباب والشبان والشيوخ من الرجال والنساء وعذبوهم في السجون تعذيبات مريعة .

وأشعلوا نار الحرب بين ايران والعراق مما ذهب ضحيتها قتلا أوتشويهاً

الى الان أكثر من مليون من الناس ،كما سببوا تشريد مايقارب خمس ايـران من بلادهم، وقد دمرت الحرب كلا الجانبين تدميراً لعله قليل النظير في تاريخ ايران والعراق بينما كان البلدان بلداً واحداً تحت ظل الاسلام وكانت الاخوة الاسلامية سائدة بينهما وكان مرجع العراق تارة في ايران ومرجع ايران تارة في العراق ، والعراقيون يزورون ايران ، والايرانيون يزورون العراق كل سنة بمئات الالوف ، وأحياناً تصل الى الملايين .

وكذلك أقام المستعمرون الحرب بين باكستانين الشرقية والغربية (والتي تسمى الشرقيّة الان ببنغلادش) مما سبب أن يذهب ضحيتها أكثر مـن ثلاثة ملايين من المسلمين في قصص محزنة، وأخيراً انتهى الامر الى انفصال بنغلادش عن باكستان الغربيّة مما اضعفت قوة الدولتين بينما كانت دولة واحـدة فتية اسلامية ذات مائتي مليون مسلم .

وكذلك في الهند المسلمون يهاجمون ويحاربون ويقتلون ويشردون ويهانون في قضايا مشهورة، وقبل أيام قتل الهندوس من المسلمين أكثر من ثلاثة آلاف مسلم ،كما انهم أحرقوا دورهم ومساجدهم ونهبوا أموالهم .

وفي كردستان أقاموا الحروب بين ايران وكردستان تارة ، وبين العـراق وكردستان تارة ، وبين الاكراد أنفسهم تارة ثالثة بينما كردستان بلاد اسلامية تحتوى على مايقارب عشرين مليون من الاكراد المسلمين، وقد قسمه الغربيون والشرقيون الى قطع جغرافية وقوميات متناحرة قطعة في تركيا وقطعة في سوريا وقطعة في لبنان وقطعة في ايران وقطعة في العراق وقطعة في الاتحاد السوفيتي، وقد أحرقت الحروب قراهم ودمرت رجالهم وأهلكت ضرعهم وزرعهم كما

ملؤا السجون منهم وهتكوا أعراضهم ورفعوهم فوق المشانق ظلماً وعدواناً من غيرسبب أتوا بهالا ان الاحزاب التابعةللحكومات الكافرة الغربية والشرقية والتخطيطات الجغرافية الاثمة هي التي سببت هذه المآسي في كردستان .

وفي تركيا توالت الانقلابات العسكرية، بينما منذأيام أتاتورك قبلأربعين سنة والى اليوم لم تتمكن تركيا أن تستعيد صبغتها الاسلامية ، فترى في بلادها الخمور والفجور ، ومحاربة الاسلام ، ومحاربة العمائم ، و الحجاب كما صنع بهلوي الاول والثاني في ايران، لكن علماء ايران تمكنوا من ارجاع الهوية الاسلاميةالى ايران، أما تركيا فهيترزح تحت نير أتاتورك عاملالغربيين الذين جاؤوا به الى البلاد .

وفي لبنان ، حيث اقتطعت من البلاد الاسلامية وجعلت مسيحية أقاموا حرباً دامت الى الان أكثر من عشرسنوات، فلم تدع ضرعاً ولا زرعاً وأذلت المسلمينوقتلتالالوف منهموأحرقتقراهم وبيوتهمونهبت أموالهموهجرتهم تهجيراً شائناً من الجنوب الى بيروت وضواحيها في قصص محزنة .

أما فلسطين، فقد اقتطعهااليهودمن كبد البلاد الاسلاميةوهودوها وأخرجوا المسلمين منهاوأعملوا فيهمالرصاص والقتلبلا حساب وملؤا السجونبالمسلمين وصادروا ممتلكاتهموأقامت اسرائيل بعد ذلكحروباً معمصر وسوريا والاردن وهي الى الان مغتصبة في أيدي اليهود .

كما انالشيوعيين والغربييناقتطعوا أجزاء من البلاد الاسلامية فيالاوربا الشرقية وغيرها وجعلوها شيوعية أو مسيحية كألبانيا وغيرها، وهناك المأسات في أموال الناس وفي أعراضهم وفي شبابهم وفي دينهم ، وحتى ان القرآن ممنوع في البلاد الاسلامية التيصارت تحت نير الشيوعية، فمن احتفظبنسخة

من القرآن أو قرأ القرآن سيق الى السجن وأحياناً يعاقب على هذا الجرم (عند الحكومة الشيوعية) بعشر سنوات من السجن، وقد فعلوا بمساجدهم ومدارسهم وحسينياتهم ومؤسساتهم الدينية وأوقافهم وعلمائهم مافعلوه في الاتحاد السوفيتي وفي الصين .

أما البلاد الاسلامية العربية فقد جعلها الغربيون والشرقيون متناحرة تضرب بعضها بعضاً وتقتل بعضها بعضاً وتحارب بعضها بعضاً، وقد ملؤا البلاد بالخمور والفجور والمعاصي والموبقات والاثام ، فترى سوريا ومصر والسودان وليبيا والحجاز والأردن والجزائر وتونس والمغرب كلها في حالة حرب وتنازع وتدافع ، أما القوانين الاسلامية فقد سحقت فيها تحت الاقدام ومنذ زمان قريب قتلوا من الجزائريين أكثر من مليون ونصف لاجل التحرير وبعد التحرير أيضاً لم يرجع اليها حكم الاسلام الذي كان المجاهدون يحاربون لاجل ذلك وانما الغربيون ربطوها أيضاً بعجلتهم من جديد .

وفي فيليبين أبادوا استقلال المسلمين الذين وصل عددهم الى اثنى عشر مليون وزجوا بهم في السجون وأخذوا يحاربونهم والحرب مستمرة الى يومنا هذا بين المسلمين وبين الحكومة التي استولت على البلاد الاسلامية بالحديد والنار .

وفي ارتريا محاربة لا هوادة فيها بين المسلمين وبين الاثيوبيين منذ عشرين سنة ،كما ان فى افريقيا بدلوا الحكومات الاسلامية الى حكومات كافرة، والتنصير أخذ فى البلاد الاسلامية يعمل بصورة مستمرة وبشكل مرعب حتى ان في أحد البلاد الاسلامية تمكن المسيحيون ان ينّصروا من المسلمين أكثر من مليون انسان في خلال عشر سنوات، الى غير ذلك من المآسي التي

اذا جمعت في كتب لعلها تصل الى عشرات المجلدات ،كل ذلك ولا علاج للمسلمين الا بالرجوع الى الاسلام، والتي ان صورتها مقومة بأمور :

الاول : شورى المراجع الذين هم نواب الائمة عليهم الصلاة والسلام والذين عينهم رسول الله ﷺ بقوله:(اللهم ارحم خلفائي،قيل: يارسول الله ومن خلفائك ؟ قال : الذين يأتون من بعدي ويروون حديثي وسنتي[(١)]) فيكون هو المرجع الاعلى للمسلمين في كل الامور السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتربوية والعسكرية وغيرها، فيجتمع مراجع تقليد الامة الاسلامية في وحدة واحدة وتشكل شورى المرجعية لتكون هي السلطة العليا للبلاد .

الثاني: أن ينبع من شورى المراجع أحزاب اسلامية حرة بأيدي جميعها الراديو والتلفزيون والصحف والقدرة والمال وغيرذلك حتى يتمكنوا من خوض معامع السياسة ويكون بينهم تنافس حر يسبب تقديم الامة الى الامام ويجمع شباب المسلمين حتى لاينخرطوا في الاحزاب الباطلة أمثال الشيوعية والقومية والبعثية والديمقراطية الغربية والوجودية وغيرها من الاحزاب المنافية للاسلام .

الثالث: التعاون بين شورى المرجعية والاحزاب الاسلامية الحرة النابعة من مراجع التقليد لتشكيل القوى الثلاث، أي القضائية والاجرائية والتشريعية والتي تسمى في الاسلام بالتطبيقية لانه لاتشريع في الاسلام بعد التشريع الذي شرعه الله سبحانه وتعالى، وقد قال رسول الله ﷺ: (حلال محمد حلال الى

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٦٥ الباب ٨ من أبواب صفات القاضي ح ٥٠١ والمجالس ص ١٨٢ .

يوم القيامة، وحرام محمد حرام الى يوم القيامة) .[١]

الرابع: تطبيق القوانين الاسلامية في كل الأبعاد، مثلا: في بعد الاقتصاد لاشيوعية ولااشتراكية ولارأسمالية غربية ولا توزيعية، وانما الاقتصادالاسلامي هو الاقتصاد الصحيح المعترف بـه من قبل الاسلام وعلماء المسلمين، وفي بعد الحريـة تمنح للناس كل الحريات من حرية الزراعة والتجارة والصناعة والسفر والاقامـة والعمران وابداء الرأي واخراج الجريدة والمجلـة وطبع الكتاب والاتيان بمختلف المعامل والمصانع ونصب محطة التلفزيون والاذاعة لكل من يريد ذلك، الى غيرها من الحريات الممنوحة من قبل الاسلام .

الخامس : اسقاط الحدود الجغرافيـة بين البلاد الاسلاميـة حتى يسافر المسافر من مكة الى النجف الى القاهرة الى طهران الى كراجي الى جاكرتا الى الدار البيضاء الى غيرها وفي كل ذلك هو في بلـده ، فلا حدود جغرافية بين بلد وبلد، وانما المسلمون امة واحدة كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وان هذه امتكم امة واحدة وأنا ربكم ﴾[٢] فالرب واحد والامة واحدة والدولـة واحدة والقوانين هي القوانين الاسلامية فقط .

السادس : ارجاع الاخوة الاسلامية فلاتفصل مسلماً عن مسلم القوميات واللغويات والعرقيات والاقليميات وماأشبه .

السابع: تطبق القوانين الاسلامية في الحكم والمال بصورة خاصة، فالحكومة في الاسلام هي الناظـرة فقط، وانما كل الشئون بيد المسلمين ،كما انـه لا

---

(١) انظر : الوسائل : ج ١٨ ص ١٢٤ ح ٤٧ .

(٢) الأنبياء : آية / ٩٢ .

ضرائب فى الاسلام الا الخمس والزكاة والجزيـة والخراج، وكذلك تكون كل القوانين القضائية وغيرها على طبق الاسلام فلاسجون ولا حجز ولا جلد ولا قتل الا فى الموارد القليلـة المعدودة جداً التي قررها الاسلام فى الكتاب والسنة والاجماع والعقل اى الادلة الاربعة التي هي الميزان للاحكام الاسلامية على ماذكره الفقهاء فى كتبهـم ، وبذلك لايجد الانسان فى البلاد الاسلاميـة حاكماً جاء بالوراثة أو بالانقلاب العسكري ، وانما فى انتخابات حرة حسب الموازين التي قررها الاسلام .

وليعلم ان الوضع العالمي الذي هيأه الغرب والشرق لايسمح بقيام الدولة الاسلاميـة الواحدة الا بشرط أن يكون حملـة الحركة الاسلامية فى أعلـى مراتب ضبط النفس والتعاون والاخلاق الرفيعـة وتطبيق نظام الاسلام علـى أنفسهم وعلى غيرهم فيهيئون حركة اسلامية عالمية قوامها (بما لايقل من ألف مليون كتاب توعوي ومن عشرين مليون منظم لكل مسلم كتاب ولكل خمسين مسلم فرد منظم ومن تهيئـة الصورة الاسلامية الصحيحة البديلـة عن أنظمة الغرب والشرق بماتستهـوي الانفس ويرى الناس فيها خيراً من أنظمة الغرب والشرق ، والاّ فالغرب والشرق يسقطون حركات التحريـر خصوصاً الحركة الاسلاميـة التي يعادونها منذ بزوغ الاسلام الى اليوم ، سواء باسم اليهـود والنصارى والمشركين أو باسم الصليبيـة والصهيونيـة والشيوعية) .

ولايخفى ان كيفية اسقاطهم لحركات التحرير بامور :

الاول: النظام الرأسمالي العالمي المطبق على كل العالم بشقيه الديمقراطي الغربي والشيوعي الشرقي .

الثاني: المؤسسة العسكرية العالمية .

الثالث: الصناعة العالميةالتي توجب احتياج البلاداليها تشتري من سائر بلاد العالم المواد غيرالمصنوعة وتصدرها اليها في صورة مواد مصنوعة .

الرابع : بعض الحريات الموجودة في العالم الديمقراطي الموجبة لتقدم الكفائات ممّا تتظافر على اسقاط كل نظام فتي خصوصاً اذا كان نظاماً اسلامياً .

الخامس: الصورة الغربية للبلاد الصناعية ممايوجب أن ينظر أهل البلاد الناهضة اليها بالاحترام، فاذا لم‌يروا في بلادهم مثل تلك الصورة أسقطوا هم بأنفسهم أنظمة بلادهم لينضووا تحت لواء الصورة الغربية .

ومن المعلوم انه مالم تتوفر شروط النهضة التي ذكرناها في البلاد الاسلامية لم‌يمكن تجاوز تلك الامور الخمسة التي هيأها الغرب والشرق لاسقاط كل نظام‌جديد أعم من الاسلامي وغيره، وهذا سر مانشاهد من‌سقوط كل الحركات الاسلامية منذ قرن ، وان جهد العاملون على ايجادها وابقائها بالنفس والنفيس وضحوا في سبيلها بكل غال ورخيص ، وقد ذكرنا تفصيل هذه الامور في جملة من كتبناالاسلامية، والله المستعان وهوالقادر على أن‌ينقذ المسلمين من براثن الغربيين والشرقيين .

اللهم انا نرغب اليك في دولة كريمة ، تعز بها الاسلام وأهله ، وتذل بها النفاق وأهله ، وتجعلنا فيها من الدعاة الى طاعتك والقادة الى سبيلك ، وترزقنا بهاكرامة الدنيا والاخرة، والحمد لله أولا وآخراً .

سبحان ربك رب العزة عمايصفون ، وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين، وصلى‌الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين .

قم : محمد بن الحسيني الشيرازي

المحتويات

الموضوع ــ الصفحة

كتاب الكفالة

٥ ـ ٩٥

كتاب الصلح
٩٧ ـ ٤٢٠

الموضوع ——— الصفحة

الموضوع ـــــــــــــــــــــــــ الصفحة

الموضوع ——— الصفحة